

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**HABEAS CORPUS Nº 549.340 / RIO DE JANEIRO
(2019/0360205-8)**

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. REGIME FECHADO. CONCURSO MATERIAL. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No

caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, *in casu*, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

3. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade da droga apreendida - 58 porções de maconha (116,8g), 22 de cocaína (11,1g) e 47 papелotes de *crack* (10,5g) - para fixar a pena-base dos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, respectivamente, em 1 ano e 8 meses e em 1 ano acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organização criminosa.

6. A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de *animus* associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação da agente à atividade criminosa. Precedentes.

7. Mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, "a", e 44, I, ambos do CP.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. PEDRO CARRIELLO - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Brasília (DF), 06 de abril de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

HABEAS CORPUS Nº 549.340 / RIO DE JANEIRO (2019/0360205-8)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 1.865 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c o 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo. Nesta Corte, o impetrante alega que não há comprovação da estabilidade e da permanência entre os agentes, necessárias à configuração do delito de associação para o tráfico de entorpecentes. Destaca ser inidônea a conclusão de que o paciente estaria associado à facção criminosa tão somente por ter sido flagrado traficando em local por ela dominado.

Argumenta ser desproporcional a exasperação da pena-base com amparo apenas na quantidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos.

Destaca, por fim, que o paciente preenche os requisitos legais para ser beneficiado com a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer, assim, a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei de Drogas, a redução da pena-base, o reconhecimento do tráfico privilegiado, a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 85-89).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 549.340 / RIO DE JANEIRO (2019/0360205-8)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. REGIME FECHADO. CONCURSO MATERIAL. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a

existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, *in casu*, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

3. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade da droga apreendida - 58 porções de maconha (116,8g), 22 de cocaína (11,1g) e 47 papalotes de *crack* (10,5g) - para fixar a pena-base dos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, respectivamente, em 1 ano e 8 meses e em 1 ano acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organização criminosa.

6. A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de *animus* associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação da agente à atividade criminosa. Precedentes.

7. Mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, “a”, e 44, I, ambos do CP.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

A Corte de origem manteve a condenação do paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 em decisão assim motivada:

De fato, devemos mencionar que os PMs FABIANO VELASCO VALADÃO (fls. 10) e MIGUEL BENEDITO MARQUES DOS SANTOS (fls. 11) aduziram que, no dia dos fatos, estavam em patrulhamento de rotina na Comunidade Coqueirinho, situada no Bairro Periquitos Variantes, Duque de Caixas. Em dado instante, desceram da viatura e continuaram o patrulhamento a pé. Quando os depoentes chegaram a um terreno baldio, que fica próximo a um campo de futebol, avistaram quatro indivíduos. O acusado, imediatamente, efetuou diversos disparos de arma de fogo contra a guarnição, ocasião em que o PM Charles G. Januário revidou à injusta agressão. Dois indivíduos conseguiram fugir. Iniciou-se a perseguição, tendo os depoentes logrado êxito em visualizar os outros dois traficantes, quais sejam, o Réu e o adolescente Wellington, entrando em uma residência. Durante a fuga, o menor desfez-se de uma sacola plástica, o que fora presenciado pelos depoentes. Os PMs viram o Réu e o adolescente juntos o tempo todo. Dentro da sacola dispensada por Wellington, foram encontrados 58 “sacolés” de maconha, 47 “sacolés” de “crack” e 22 invólucros de cocaína, bem como R\$ 41,00. Ao ser indagado, o adolescente afirmou que trabalha como “olheiro” e “vapor” para o tráfico local. Pablo Luiz também confirmou que trabalha para o tráfico, nas funções de “atividade” e “vapor”. O local é dominado pelo Comando Vermelho.

No interrogatório extrajudicial, o Réu (fls. 06) exerceu o direito de permanecer em silêncio.

TAIS INDÍCIOS FORAM RATIFICADOS E EXPLICITADOS PELAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO NA AIJ, inexistindo divergências

relevantes entre os depoimentos judiciais, ou entre tais depoimentos e aqueles do APF, no tocante à existência do crime de tráfico de drogas. Os depoimentos dos milicianos foram contundentes ao relatarem o fato na AIJ. De fato, devemos mencionar que os PMs FABIANO VELASCO VALADÃO (fls. 188) e MIGUEL BENEDITO MARQUES DOS SANTOS (fls.187) narraram que, no dia dos fatos, estavam em patrulhamento de rotina no interior da Comunidade Coqueirinho, Duque de Caxias. Os depoentes desceram da viatura e seguiram a pé. Em determinado momento, avistaram quatro indivíduos em um terreno baldio que fica próximo a um campo de futebol. Nesse instante, um dos meliantes efetuou diversos disparos de arma de fogo contra os agentes da lei. Dois indivíduos conseguiram fugir. Os depoentes continuaram a perseguição e visualizaram o Réu e o adolescente entrando em uma casa. Durante a fuga, o menor Wellington Carcabini desfez-se de uma sacola plástica. Os depoentes conseguiram abordar o Réu e o menor. Pablo Luiz estava com cocaína, maconha e “crack” nas mãos. A bolsa dispensada por Wellington também continha cocaína e maconha, acondicionadas em embalagens prontas para comercialização. O Réu confirmou que trabalha para o tráfico na função de “vapor”. O adolescente também ratificou que trabalha para o tráfico. Os depoentes afirmaram que já conheciam o acusado, que é envolvido com o tráfico local, tendo sido abordado, anteriormente, no mesmo ponto de drogas, mas foi solto porque não portava substâncias entorpecentes na ocasião. O local é dominado pelo Comando Vermelho.

CONSOANTE ÀS DECLARAÇÕES DOS MILICIANOS, AS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES FORAM ENCONTRADAS EM PODER DO RÉU, QUE, INCLUSIVE, JÁ ERA CONHECIDO ANTERIORMENTE, PELOS PMS, POR PERTENCER AO TRÁFICO DE DROGAS LOCAL. O PRÓPRIO ACUSADO CONFIRMOU QUE TRABALHA PARA O TRÁFICO NA FUNÇÃO DE “VAPOR”.

Os depoimentos prestados pelos PMs estão em total harmonia com o apurado em sede policial, onde reportam os fatos coincidentes. Na verdade, para a configuração do delito, o necessário é que as testemunhas confirmem que o Réu estava com as substâncias entorpecentes e que estas se destinavam à traficância, o que ocorreu nos autos.

A Defesa não arrolou nem sequer uma testemunha.

Foi decretada à revelia do Réu, às fls. 200/201, eis que ele ofereceu endereço diverso do que reside.

Observe-se, ainda, que a Defesa não produziu nenhuma prova hábil que confronte aquela carreada aos autos.

Nesse contexto, a intenção do Réu de revender as mercadorias é facilmente deduzida a partir dos depoimentos dos PMs, que registram que ele estava na posse compartilhada de grande quantidade e variedade de entorpecentes, o que demonstra o dolo na prática da mercancia.

Não encontro motivos, deste modo, para suspeitar da lisura das informações dos PMs, porquanto nenhuma razão foi apontada pela Defesa - com base em provas nos autos - para que acusassem, sem motivo, o Réu. Concluindo, inexistente motivo para duvidarmos da retidão dos testemunhos dos PMs, não havendo nenhuma incongruência que torne suspeitas suas palavras. Assim, não há por que questionar a idoneidade dos depoimentos, diante da segurança com que foram prestados, na forma da Súmula nº 70 do TJ/RJ.

[...]

DESTARTE, AS VÁRIAS EVIDÊNCIAS COLHIDAS – A APREENSÃO DE 58 “SACOLÉS” DE MACONHA, 47 “SACOLÉS” DE “CRACK” E 22 INVÓLUCROS DE COCAÍNA; A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU, QUE CONFIRMOU PERTENCER AO TRÁFICO DE DROGAS, EXERCENDO A FUNÇÃO DE “VAPOR”; A FUGA DO ACUSADO; O FATO DE ESTAR EM LOCAL DOMINADO PELO COMANDO VERMELHO, NA COMPANHIA DE OUTROS DOIS TRAFICANTES, TENDO SIDO FLAGRADO, PELOS AGENTES DA LEI, COM COCAÍNA, “CRACK” E MACONHA NAS MÃOS; E A CIRCUNSTÂNCIA DE ESTAR COM O ADOLESCENTE WELLINGTON, QUE TAMBÉM PORTAVA UMA SACOLA COM GRANDE VARIEDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES - SÃO ELEMENTOS SUFICIENTES PARA QUE CONCLUAMOS QUE O FATO IMPUTADO DEVE SER ENQUADRADO NO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006, EIS QUE A JURISPRUDÊNCIA HÁ MUITO VEM ENTENDENDO QUE A QUANTIDADE DEVE SER CONJUGADA COM OUTROS FATORES, CONFORME SE PODE VER DE JTJ 141/394, RT 616/280, RJTJSP 97/492 e RJTJSP 126/494, entre outros.

[...]

Quanto ao delito de associação para o tráfico, este também restou configurado.

[...], para a caracterização do delito previsto no art. 35, é necessário que o “*animus*” associativo seja efetivamente provado, pois integra o tipo penal e é indispensável.

É o que restou evidenciado nos autos.

Consoante os depoimentos dos policiais, em sede de investigação criminal e em Juízo, demonstrada está a comunhão de vontades para a prática do delito em questão.

Nesse contexto, o Réu foi encontrado em local dominado pelo Comando Vermelho, tendo sido flagrado na posse de maconha, “crack” e cocaína.

Ou seja, os vários elementos colhidos – o local dominado pelo tráfico de drogas; os harmônicos depoimentos dos policiais; a apreensão de significativa quantidade e variedade de drogas (maconha, cocaína e “crack”), em embalagens prontas para entrega à comercialização; o fato de o Réu ser conhecido, pelos PMs que efetuaram a abordagem, como integrante da facção Comando Vermelho; e a circunstância de ele ser flagrado na companhia de outros dois traficantes e do adolescente Wellington, sendo que um dos seus comparsas estava armado - são suficientes para que concluamos pela existência de uma organização anterior entre O RÉU, O ADOLESCENTE WELLINGTON E OS DEMAIS TRAFICANTES QUE ESTAVAM NO LOCAL.

Efetivamente, uma associação eventual não compreenderia tantos elementos diversos como os encontrados.

Ou seja, todos os fatos narrados acima constituem elementos idôneos de que o acusado integrava organização estável e permanente para a venda ilícita de drogas - tendo sido apreendidos os entorpecentes EFETIVAMENTE comercializados por ele.

Assim, configurado está o delito do artigo 35 da Lei de Drogas (grifo nosso).

Para a caracterização do crime de associação criminosa, é imprescindível a demonstração concreta do *vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas*, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, *caput* e § 1º e/ou do art. 34, da Lei de Drogas (HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).

Na hipótese, observa-se que o édito condenatório está amparado em farto material probatório, colhido durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que demonstra o ânimo associativo, de caráter duradouro e estável, entre *o paciente, o adolescente W C T, outros 2 indivíduos não identificados*, no reiterado comércio de entorpecentes.

Segundo se infere, o paciente e o adolescente infrator foram surpreendidos na posse de variada quantidade de droga (116,8g de maconha, 11,1g de cocaína e 10,5g de crack), durante um patrulhamento de rotina da polícia militar, na Comunidade do Coqueirinho, local reconhecidamente dominado pela facção criminosa “Comando Vermelho”. Das circunstâncias do flagrante, observa-se a atuação conjunta, previamente organizada e estável na prática do tráfico de drogas, tanto que os agentes de segurança foram recebidos a tiros pelos traficantes, o que possibilitou a fuga de dois comparsas. Consta, ainda, que, após a perseguição e prisão do paciente, juntamente com o adolescente, na posse dos entorpecentes, em uma casa abandonada, ele admitiu que trabalhava para o tráfico na função de “atividade” ou “vapor”.

Nesse contexto, o acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas implica reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. CONFISSÃO DA ACUSADA. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PREJUDICADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte entende ser necessária a demonstração da estabilidade e permanência da associação para a condenação pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.
2. Na hipótese, entenderam as instâncias ordinárias estarem presentes a materialidade e a autoria do delito de associação para o tráfico, com a demonstração da concreta estabilidade e permanência da associação criminosa, tendo em vista a confissão da acusada no sentido de que trabalhava para o TCP, destacando-se, ainda, o depoimento das testemunhas, confirmados em juízo, além das circunstâncias da prisão em flagrante, efetuada em local dominado por facção criminosa, da quantidade e da forma de acondicionamento da droga. Sendo assim, a alteração da conclusão das instâncias ordinárias implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.
3. Mantida a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, em que a dedicação à atividade criminosa é elementar do tipo, prejudicado está o pleito de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como de seus consectários legais.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 609.116/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APREENSÃO DE DROGAS VARIADAS E RÁDIO TRANSMISSOR EM ATIVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COAUTORES. ABSOLVIÇÃO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Corte de origem, ao examinar a autoria delitiva do crime de associação para o tráfico de drogas, expressamente afastou o concurso eventual de pessoas, para consignar que o agente agia sob a chancela do Comando Vermelho, sendo preso na posse de considerável quantidade de entorpecentes e com rádio transmissor em atividade, o que afasta a alegação de ausência de provas em relação à estabilidade e permanência do vínculo associativo.

2. Por outro lado, a pretensão de absolvição da prática do delito de associação para o tráfico não pode ser apreciada por esta Corte Superior, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. Por fim, o fato de os demais integrantes da organização criminosa não terem sido identificados no momento da denúncia não invalida a ação penal, tampouco impede a condenação do paciente pelo delito em questão.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 556.655/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020)

No tocante ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, melhor sorte não assiste à defesa.

“A Terceira Seção deste Superior Tribunal possui o entendimento de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico”. (AgRg no HC 370.617/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

Por sua vez, a dosimetria penal foi assim estabelecida:

Passo, então, à aplicação das penas. Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observadas, ainda, as disposições específicas do art. 42 da Lei n. 11.343/06, denoto que a culpabilidade, consistente no grau de reprovabilidade da conduta, foi normal. O réu não ostenta maus antecedentes, assim entendidos como condenações criminais transitadas em julgado antes dos fatos e que não constituam reincidência, em face do princípio constitucional de presunção da inocência (STJ, Súmula n. 444). Inexistem elementos nos autos que permitam aferir a sua conduta social, nem estudo técnico que possibilite a avaliação da sua personalidade. Os motivos do crime são próprios do tipo. As circunstâncias e consequências do delito, apesar de graves, tanto para saúde pública quanto para a sociedade, não podem ser levadas em consideração para exacerbar a pena base, pois intrínsecas ao delito em apreço. Não há se falar em comportamento da vítima. Por fim, a natureza diversa (cocaína, maconha e crack), o alto poder destrutivo do crack, bem como a grande quantidade de drogas apreendidas revelam a necessidade de exasperação da reprimenda.

Frente a isso, considerando o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção, fixo as penas-base em 06 anos e 08 meses de reclusão, e 666 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de tráfico de drogas, e 04 anos de reclusão, e 933 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de associação ao tráfico.

Na segunda fase, não incidem agravantes e atenuantes.

Na fase derradeira, não há causa de diminuição. Entretanto, está presente a causa de aumento prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, majora a reprimenda em 1/6 (um sexto). Desse modo, fica a pena dosada em 07 anos, 09 meses e 10 dias, e 777 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de tráfico de drogas, e 04 anos, 08 meses, 1.088 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de associação para o tráfico.

Em razão do concurso material, procedo à soma das penas irrogadas aos dois crimes, a teor do art. 69 do CP. Desse modo, fica o réu CONDENADO à pena privativa de liberdade de 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, e 1.865 dias-multa, no valor unitário mínimo legal (e-STJ, fls. 30).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei,

sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, *ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade*, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos - 116,8g de maconha, 11,1g de cocaína e 10,5g de *crack* - para elevar a pena-base dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas em 1 ano e 8 meses e em 1 ano acima do mínimo legal, respectivamente.

Assim, tendo sido apresentados elementos idôneos para o agravamento da situação do réu, *elencados inclusive como circunstâncias preponderantes*, e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos referidos delitos (5 a 15 anos e 3 a 10 anos), não se mostra desarrazoado o aumento operado pela instância ordinária, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Confirmam-se alguns julgados que respaldam esse entendimento:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ARTS. 33 E 35, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1005975/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/5/2017, DJe 17/5/2017);

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. MATÉRIA REFUTADA NA ORIGEM. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO DA

MATÉRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. [...] AUSÊNCIA OU AMEAÇA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

4. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. No caso dos autos, a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida, fundamentação que se encontra em consonância com nossa jurisprudência.

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 372.028/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017)

Por fim, registre-se que aplicada a pena final em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, "a", e 44, I, ambos do CP.

Ante o exposto *não conheço* do *habeas corpus*.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0360205-8

PROCESSO ELETRÔNICO HC 549.340 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00366652520158190021 366652520158190021

EM MESA

JULGADO: 06/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins.

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. PEDRO CARRIELLO - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido”.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.