



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 746561 - RJ (2022/0167976-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ  
IMPETRANTE : LARISSA PAES LEME DA CUNHA E OUTRO  
ADVOGADOS : RAFAEL DA SILVA FARIA - RJ170872  
LARISSA PAES LEME DA CUNHA - RJ228465  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : JONATHAN DIAS SILVA (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO DECLINARAM OBJETIVA E CONCRETAMENTE A ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DOS AGENTES PARA A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. ÔNUS QUE SE IMPÕE NO SISTEMA ACUSATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONSTATADA. AUMENTO NA TERCEIRA FASE EM 1/4 (UM QUARTO), EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ANALOGIA À SÚMULA N. 443 DESTA CORTE SUPERIOR. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO PERMITE AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CABÍVEL O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JONATHAN DIAS SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Criminal n. 0024766-50.2019.8.19.0066.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos c.c. o art. 40, incisos IV e VI, todos da Lei n. 11.343/2006, em razão de associação com um Adolescente e outros agentes para a prática do crime de tráfico, **com emprego de arma de fogo**, tendo sido apreendidos **1.566,2g de maconha e 442,66g de cocaína**.

A Defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido pelo Tribunal de origem.

Neste *writ*, a parte Impetrante alega que não estão presentes os elementos do crime

de associação para o tráfico de drogas.

Sustenta que o Paciente preenche os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

Aduz que "*as frações utilizadas para aumentar a pena são desarrazoadas e fogem aos padrões estabelecidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, além de não possuírem lastro argumentativo válido que já não esteja inserido no próprio tipo penal*" (fl. 20).

Requer, liminarmente, a imediata progressão do Paciente para um regime mais brando e, no mérito, a absolvição do réu quanto ao delito de associação para o tráfico, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e a fixação da pena no patamar mínimo legal.

É o relatório. Decido.

De início, destaco que "*[a]s disposições previstas nos arts. 64, III, e 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do Relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de habeas corpus e de recurso em habeas corpus, a pretensão que se conforma com súmula ou a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, ou a contrária*" (AgRg no HC 629.625/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 17/12/2020).

No mesmo sentido, ilustrativamente:

**"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM SEM OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE E À GARANTIA DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. PROGRESSÃO DE REGIME. CÁLCULO DE PENAS. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO. PACOTE ANTICRIME. OMISSÃO LEGISLATIVA. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. APLICAÇÃO DO ART. 112, V, DA LEP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

**1. Malgrado seja necessário, em regra, abrir prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do writ, as disposições estabelecidas no art. 64, III, e 202, do Regimento Interno desta Corte, e no art. 1º do Decreto-lei n. 522/1969, não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente o habeas corpus.**

**2. 'O dispositivo regimental que prevê abertura de vista ao Ministério Público Federal antes do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado nesta Corte (arts. 64, III, e 202, RISTJ) não retira do relator do feito a faculdade de decidir liminarmente a pretensão que se conforma com súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça ou a confronta' (AgRg no HC 530.261/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/9/2019, DJe 7/10/2019).**

**3. Para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica. Precedentes.**

[...]

**6. Agravo regimental não provido.**" (AgRg no HC 656.843/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 10/05/2021; sem grifo no original.)

Portanto, passo a analisar diretamente o mérito da impetração.

A pretensão defensiva de exclusão da condenação pelo crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas tem fundamento.

Não se descarta que, se tivessem as instâncias ordinárias declinado elementos concretos que demonstrassem que o Agente, **de forma estável e permanente**, associara-se a outrem para praticar o delito do art. 35 da Lei de Drogas, reavaliar a conclusão sobre a comprovação ou não do elemento subjetivo do tipo de associação para o tráfico implicaria indevida incursão no acervo fático-probatório – exame vedado na via eleita, de rito célere e cognição sumária.

Essa não é a hipótese dos autos, pois não foram apontadas concretamente circunstâncias que demonstrassem o intento do Agente de se associar de forma perene para o cometimento do delito de tráfico de drogas.

No caso, o Juízo sentenciante condenou o Paciente pelo delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 com base nas razões a seguir transcritas (fls. 36-37; sem grifos no original):

*"Crime do art. 35 da Lei 11.343/06  
Materialidade, Autoria e Tipicidade*

*A materialidade e a autoria podem ser extraídas do auto de prisão em flagrante (fls. 13/15), do auto de apreensão (fls. 11/12), do laudo de exame de entorpecente (fls. 24/26), do laudo de exame em arma de fogo e munições (fls. 113/115), bem como dos depoimentos dos policiais militares, os quais foram coesos e harmônicos entre si.*

*É assente na doutrina e na jurisprudência que a consumação do delito de associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06, demanda a demonstração de dois requisitos, quais sejam, a estabilidade e permanência da associação. Nesse sentido, O STJ no HC 139.942-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2012.*

*[...]*

*O conteúdo probatório demonstra a existência de estabilidade e permanência, ou seja, demonstra o ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Vale lembrar que o delito do art. 35 da Lei 11.343/06 é classificado quanto à consumação como formal, assim, torna-se desnecessário apreender droga ou examiná-la, podendo a prova do elemento subjetivo do tipo ser obtida por qualquer meio lícito, por exemplo, a interceptação telefônica.*

*Na maioria das vezes, o elemento subjetivo, na prática, é averiguado por critérios objetivos, ou melhor, pelas circunstâncias do fato ocorrido. Nessa linha, não é aodado e irresponsável imputar a estabilidade e permanência tendo em vista a apreensão do acusado, em comunhão de ações e desígnios com o adolescente Richardson, em comunidade dominada pelo Comando Vermelho, com farta quantidade de droga acondicionada para a venda, com etiqueta alusiva à facção, e arma de fogo, após confronto com os policiais militares."*

O Tribunal de origem manteve a condenação nos seguintes termos (fl. 31; sem grifos no original):

*"Seguindo, quanto ao crime de associação para o tráfico, a estabilidade e permanência se comprovam diante da apreensão de absurda e variada quantidade de entorpecentes – 1.566,20g de maconha em sacolés ostentando as inscrições “MACONHA, BRABA DE 10, CPX FRADE CV”, e 442,66g de cocaína em tubos*

*plásticos do tipo “eppendorf”, com as inscrições “PÓ, R\$ 10, CV, CPX FRADE” -, ou seja, alusivas ao comando vermelho, agremiação que, conforme dito pelos militares, subjuga a comunidade.*

*Ademais, além de se cuidar de local conflagrado – tanto que houve confronto tão logo percebida a presença da Polícia -, sendo fato notório a impossibilidade de exercer a traficância sem estar intimamente ligado à agremiação criminosa, e de tamanha quantidade e variedade indicarem que, assim como o adolescente, o réu gozava da confiança dos demais integrantes da facção, cenário que já comprovaria seus intrínsecos envolvimento com o CV, houve apreensão de uma pistola calibre .40 que teve seu número de série raspado, notório atuar de traficantes a fim de dificultar o rastreamento e identificação."*

Como se vê, **não houve investigação prévia ou qualquer elemento de prova capaz de apontar que o Paciente estava associado, de forma estável (sólida) e permanente (duradoura), ao adolescente ou outros indivíduos.** Não foi indicado o lapso temporal durante o qual o Paciente supostamente estava associado nem qual seria a sua função no suposto grupo.

Assim, sem a demonstração concreta do ânimo do Acusado de associar-se de forma estável e permanente com outros Agentes, mostra-se indevida a condenação pelo delito tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Confiram-se:

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA ASSOCIAÇÃO. LOCALIDADE DOMINADA POR FACÇÃO CRIMINOSA. PRESUNÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NO GRUPO CRIMINOSO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA ASSOCIAÇÃO.*

*1. Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de que é indispensável, para a configuração do crime de associação para o tráfico, a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos.*

*2. Ainda que seja de conhecimento o domínio da localidade por facção criminosa, não há na denúncia, na sentença ou no acórdão nenhum apontamento de elementos concretos indicativos da estabilidade e permanência dos réus na associação criminosa voltada à comercialização ilícita de drogas, havendo a indicação apenas do concurso de agentes em crime de tráfico.*

*3. Habeas corpus concedido, para restabelecer a sentença de primeiro grau em que se absolveu o paciente da prática do delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 (art. 386, VII - CPP), mantendo a condenação pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, c/c art. 40, incisos VI, ambos da Lei 11.343/2006) e a consequente pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, e 583 dias-multa, no valor unitário." (HC 682.097/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 05/11/2021; sem grifos no original.)*

*"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ESTABILIDADE E DE PERMANÊNCIA. FALTA DE PLURALIDADE DE AGENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO ACOLHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.*

*1. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o vínculo subjetivo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Trata-se, portanto, de delito de concurso necessário.*

*2. Na hipótese, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório,*

*verifica-se que a Corte de origem não apresentou elementos concretos que demonstrem o animus associativo entre o paciente e quaisquer outros agentes, identificados ou identificáveis na reiterada prática do tráfico de drogas. A condenação está amparada apenas no fato de que por ter sido preso na posse de um rádio transmissor em local dominado por facção criminosa o paciente seria dela integrante.*

**3. Portanto, na falta da comprovação de dois requisitos legais para a configuração do delito de associação para o tráfico de entorpecentes, pluralidade de agentes e vínculo subjetivo no cometimento dos delitos, correta a decisão absolutória impugnada pelo Ministério Público, nesse recurso.**

**4. Agravo regimental não provido.**" (AgRg no HC 542.648/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021; sem grifos no original.)

Concluo, dessa forma, que, na espécie, foi demonstrada tão somente a configuração de delito de tráfico de drogas em concurso eventual de agentes, deixando a jurisdição ordinária de descrever objetivamente fatos que demonstrassem o dolo e a existência objetiva de vínculo estável e permanente entre os agentes. Por isso, mostra-se indevida a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, no qual o sistema acusatório impõe o ônus de que seja declinada a configuração do elemento subjetivo do tipo, com "**a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa**" (HC 462.888/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 05/11/2018; sem grifos no original).

Passo a analisar a **dosimetria** da pena do crime de tráfico ilícito de drogas.

Cumprir registrar que, excetuados os casos de evidente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, a pena-base foi exasperada em razão da apreensão de **1.566,2g de maconha e 442,66g de cocaína**.

Como se sabe, a quantidade e a natureza das drogas são circunstâncias preponderantes na fixação da pena-base no crime de tráfico de drogas, como prevê expressamente o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No mais, cabe ainda esclarecer que no cálculo da pena não há vinculação a critérios puramente matemáticos como, por exemplo, os de 1/8 (um oitavo) ou 1/6 (um sexto) por vezes sugeridos pela doutrina, mas aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais e da isonomia. Esses paradigmas exigem que o Julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência entre: **a)** o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; **b)** o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e **c)** o *quantum* de pena que costuma ser

aplicado pela jurisprudência em casos parecidos.

Por isso, na espécie, considerados o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, a apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes e precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça com conclusões semelhantes à da hipótese, não há desproporcionalidade na exasperação da basilar operada no caso concreto.

Assim, não verifico ilegalidade na fixação da pena-base **1 (um) ano acima do mínimo legal**, em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendido (**1.566,2g de maconha e 442,66g de cocaína**) e da natureza de uma das substâncias entorpecentes (cocaína), circunstâncias que, segundo orientação desta Corte, são aptas, por si sós, a indicar maior desvalor da conduta.

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*

[...]

*2. O legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado. Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.*

*3. Na espécie, a sentença majorou a pena-base em 1 (um) ano e o Tribunal de origem, respeitando os critérios acima referidos, bem como os pormenores da situação em desfile, aumentou-a em mais 6 (seis) meses acima do mínimo legal, destacando a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 9 (nove) pedras de crack, pesando 250g (duzentos e cinquenta gramas), 23 (vinte e três) buchas de maconha, pesando 54,4g (cinquenta e quatro gramas e quatro decigramas), 32 (trinta e dois) papalotes de cocaína, pesando 1,75g (um grama e setenta e cinco decigramas).*

*4. A quantidade e a variedade de substância ilícita apreendida configuram-se, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, circunstâncias preponderantes na fixação da reprimenda. Desse modo, não há teratologia no cálculo da reprimenda a justificar a concessão da ordem de ofício.*

*5. Habeas corpus não conhecido." (HC n. 169.025/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016; sem grifos no original.)*

Na terceira fase da dosimetria, constata-se que tanto o Magistrado singular quanto o Tribunal de origem majoraram as reprimendas, pela incidência das causas de aumento de pena previstas no art. 40, incisos IV e VI, da Lei n. 11.343/2006, no patamar intermediário de **1/4 (um quarto)**, apenas com base na quantidade de majorantes.

Ocorre, porém, que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o aumento de pena em patamar acima do mínimo legal, em razão da incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/2006 exige fundamentação concreta e idônea, devendo o Magistrado indicar **circunstâncias fáticas do delito**, constantes dos autos, que

justifiquem a exasperação da reprimenda em fração superior, **não sendo suficiente a mera referência ao número de majorantes.**

A propósito:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. PARTICIPAÇÃO QUE NÃO DENOTA HABITUALIDADE DELITIVA DO RÉU. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO ÍNDICE EM 2/3. MAJORANTES DO ART. 40, III E VI, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DE ÍNDICE DE AUMENTO EM 1/3. ANALOGIA À SÚMULA 443 DO STJ. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

4. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes'. (Precedentes).

5. No caso, o Tribunal de origem majorou as penas na fração de 1/3, tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes (art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006), impondo-se, portanto, o redimensionamento para a percentual mínimo (1/6).

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, e reduzir a fração das causas de aumento do art. 40 da Lei de Drogas para 1/6, redimensionando a pena da paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução." (HC 510.095/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019; sem grifos no original.)

Desse modo, constatada a ilegalidade por ausência de fundamentação idônea, deve ser concedida a redução da fração de majoração ao mínimo legal, qual seja, 1/6 (um sexto).

Quanto à minorante do tráfico privilegiado, cumpre salientar que são condições para que o condenado faça jus à referida diminuição da pena: **ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas.** Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

No caso, o Tribunal de origem manteve o afastamento da minorante tão somente em virtude da condenação do Acusado pela prática do crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, **ora afastada.**

O Juízo sentenciante afastou a referida causa de aumento em razão da quantidade de droga apreendida, bem como das circunstâncias da prisão, sem especificar, porém, quais seriam essas circunstâncias.

Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial.

Todavia, foi ressaltada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

Confira-se a ementa do referido julgado:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. 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.*

*2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

*1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

*2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.*

*3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).*

*3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.*

*4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da*

*quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.*

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese - As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).

8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que 'A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).

9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 01/06/2022, sem grifos no original.)

No entanto, no caso em análise, a pena-base já foi majorada em razão da quantidade de entorpecente, de sorte que a modulação da fração com o mesmo fundamento importaria em *bis in idem*, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal consolidado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese de Repercussão Geral n. 712).

Parece-me, diante da consolidação jurisprudencial, que a causa de diminuição deve incidir no **grau máximo** na espécie, pois não foram indicadas outras circunstâncias do caso aptas a justificar a fixação de outra fração.

**Fixadas essas premissas, passo a redimensionar a pena do Paciente.**

**Passo, assim, à readequação das reprimendas:**

Na primeira fase, mantenho a pena-base acima do mínimo legal, nos moldes fixados pelas instâncias ordinárias: 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, a pena retorna ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, incidem as causas de aumento previstas nos incisos IV e VI do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), o que resulta nas penas de: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Ao final, considerados os termos desta decisão, faço incidir o benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), de modo que as sanções ficam definitivamente fixadas em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.**

Considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Condenado e a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável, mostra-se cabível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, do Código Penal.

Saliento que "[n]ão há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal). (AgRg no AREsp 1058790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)" (AgRg no HC 527.992/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019).

No mesmo sentido:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*5. Embora a paciente seja primária e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, que justificaram a fixação pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.*

*6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).*

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção final da paciente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 222 dias-multa, em regime semiaberto." (HC 531.600/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 04/12/2019; sem grifos no original.)*

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* para

redimensionar as penas do Paciente e fixar o regime semiaberto para início do cumprimento de pena, nos termos desta decisão, devendo ser verificado, pelo Juízo da Execução, com a máxima rapidez possível, se já foi cumprida a pena privativa de liberdade, dado o tempo de prisão cautelar do Paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 06 de junho de 2022.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora