



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 610483 - SP (2020/0227102-4)

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : RUBENS SIEBNER MENDES DE ALMEIDA E OUTROS  
**ADVOGADOS** : RUBENS SIEBNER MENDES DE ALMEIDA - SP425474  
GUILHERME FORTES BASSI - SP433258  
LUCAS MARQUES GONÇALVES LOPES - SP433917  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : E [REDACTED] (PRESO)  
**CORRÉU** : [REDACTED]  
**CORRÉU** : [REDACTED]  
**CORRÉU** : [REDACTED]  
**CORRÉU** : [REDACTED]  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de E [REDACTED] contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo e manteve a condenação da paciente à pena de 6 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 895 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 c/c o art. 26, parágrafo único, e 69, ambos do Código Penal.

Neste *writ*, o impetrante alega contrariedade ao art. 580 do CPP porque a paciente foi a única dos réus condenada pelo delito de associação para o tráfico de drogas. Esclarece que o processo originário foi desmembrado em relação à paciente, e, em "26/09/2011, o Juiz da Vara Judicial Distrital de Ilhabela proferiu sentença, de modo a condenar todos corréus pelo delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e **a absolvê-los pelo delito previsto no artigo 35, da mesma lei.**" Complementa que, posteriormente, em 3/12/2012, Juiz diverso da mesma vara acabou por condenar sozinha a paciente pelo delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Destaca a ocorrência de *bis in idem*, pois "a pena-base foi exasperada em 1/10 por duas circunstâncias (culpabilidade e gravidade da conduta) frente a um único fato (natureza das drogas apreendidas)".

Argumenta ser devida a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que preenchidos os requisitos legais.

Requer, assim, a absolvição da condenação pelo crime do art. 35 da Lei 11.343/06, a redução da pena-base, o reconhecimento do tráfico privilegiado, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O pedido de liminar foi indeferido.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

**É o relatório.**

Decido.

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.

Quanto ao pedido de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas, assiste razão ao impetrante.

O Juiz singular, **no processo desmembrado em relação unicamente à paciente**, conclui ser devida a condenação nos seguintes termos:

"[...] A quantidade da droga apreendida, a sua forma de acondicionamento, a pluralidade de traficantes, bem como haver reiteradas denúncias de tráfico de entorpecentes no local, indicam que a ré associou-se com os demais réus em caráter permanente, não podendo ser considerados traficantes habituais. Desta forma, é inegável que além do crime de tráfico de entorpecentes, deva ser condenada pelo crime de associação ao tráfico, eis que em seu imóvel funcionava um ponto de venda de drogas. Se a ré efetivamente não traficava, mas apenas permitia que em seu imóvel se praticasse o tráfico, do mesmo modo deve ser condenada, consoante a previsão do inciso III, do parágrafo do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Nada havendo que neutralize as versões dos policiais militares e as circunstâncias da prisão em flagrante. inquestionável que E [REDACTED] traficava cocaína e crack, associando-se a [REDACTED] e [REDACTED] para este fim em caráter permanente, sendo, de rigor, a sua condenação pela prática, em concurso material, na forma do artigo 69, do Código Penal, do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente e associação ao tráfico de drogas, nos termos dos artigos 33 e 35, da Lei n.º 11.343/06."

Todavia, **em autos diversos, mas referente aos mesmos fatos, os corréus foram absolvidos**, sob o entendimento de que "não se pode presumir que quatro pessoas presas traficando em conjunto estejam praticando o crime de associação para o tráfico de drogas. É fundamental a prova da estabilidade e durabilidade do acordo de vontades" (e-STJ, fl. 100).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, 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 15/9/2016, DJe 22/9/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017). Assim, tratando-se de delito de **concurso necessário**, é manifestamente ilegal a condenação isolada da paciente como incurso no art. 35 da Lei de Droga.

Anote-se, ademais, que a traficância cometida em concurso de agentes não pressupõe automaticamente o vínculo subjetivo entre os agentes imprescindível para a configuração do delito de associação, como assentou o acórdão impugnado.

Nesse passo, impõe-se a absolvição da paciente pelo crime de associação.

A seguir os julgados desta Corte que respaldam esse entendimento:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PLURALIDADE DE AGENTES. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Trata-se, portanto, de delito de concurso necessário.

3. Hipótese em que a Corte de origem não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre o paciente e outros integrantes da facção criminosa. Não houve sequer a indicação de quem seriam as demais pessoas com ele associadas. 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, a absolvição do paciente é medida que se impõe.

4. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, resultando a pena definitiva em 5 anos de reclusão mais pagamento de 500 dias-multa, no regime inicial semiaberto."

(HC 398.816/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017).

"[...] ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO RECONHECIDAS PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. COAÇÃO ILEGAL CONFIGURADA

1. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

2. Na espécie, inexistindo a comprovação de que o paciente teve o dolo de se associar com estabilidade ou permanência, impossível a sua condenação pelo delito de associação para o tráfico.

Precedentes. [...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico e para reduzir a reprimenda que lhe foi imposta quanto ao delito do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado."

(HC 416.867/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 6/11/2017).

Do mesmo modo, o reconhecimento do tráfico privilegiado merece acolhimento, uma vez que o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deixou de incidir sob o entendimento de que "o vínculo entre a apelante e os demais réus era permanente" (e-STJ, fl. 67). Logo, atendidos os requisitos do referido dispositivo legal, ou seja, certificada a primariedade e os bons antecedentes da paciente, e sobrevindo a absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas, a minorante deve ser aplicada na fração máxima (2/3).

No que tange ao terceiro ponto - redução da pena-base, a ordem também deve ser concedida.

A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e



da constitucionalidade na dosimetria.

Na hipótese, observa-se que as instâncias ordinárias aferiram a natureza e a quantidade da droga apreendida - 5001g de crack e cocaína - para elevar a pena-base em 6 anos de reclusão (e-STJ, fl. 67), o que não se mostraria desarrazoado a autorizar a intervenção excepcional desta Corte, sobretudo porque tais circunstâncias foram elencadas como preponderantes pelo art. 42 da Lei de Drogas (AgRg no HC 576.738/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020; HC 463.482/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).

Entretanto, em atenção ao disposto no art. 580 do CPP, a pena-inicial será aumentada em apenas 1/10, haja vista a adoção desse índice para os demais réus, na valoração desfavorável dos mesmos elementos.

Passo à readequação da pena da paciente pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

A pena-base parte de 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa, diante da aferição negativa da quantidade e da natureza da droga. Na segunda fase, permanece inalterada, pois ausentes atenuante e agravante. Na terceira fase, diminuo-a em 1/3 pela semi-imputabilidade da agente (3 anos e 8 meses mais 367 dias-multa). Aplicada a minorante do tráfico privilegiado em 2/3, a pena fica definitiva em 1 ano, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais 123 dias-multa.

O regime prisional também merece alteração.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, embora a paciente seja primária e a pena aplicada inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis - quantidade e natureza das drogas (501g de cocaína e *crack*), na primeira fase da dosimetria.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão agravada é clara ao reconhecer que, diante da análise desfavorável, na primeira fase da dosimetria da pena, da quantidade, da natureza e da diversidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 10 g de crack, 26 g de cocaína e 62 g de maconha -, é cabível a imposição de regime mais gravoso. Todavia, como a reprimenda fixada ao réu é inferior a 4 anos de reclusão, o modo adequado é o semiaberto.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 438.993/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 15/6/2018);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Aplicada a sanção corporal no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as demais circunstâncias ao paciente, o regime inicial semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, diante da valoração desfavorável da quantidade e da diversidade dos entorpecentes apreendidos, nos

termos do art. 33, § 3º, do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

- A decisão agravada encontra-se alinhada à jurisprudência desta Corte, que permite a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que a pena comporta com lastro na quantidade/nocividade das drogas que o caso envolve.

- Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 406.339/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017).

Por fim, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da falta do atendimento do pressuposto subjetivo, nos termos do art. 44, III, do CP (HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Cumprir registrar não há se falar em observância ao disposto no art. 580 do CPP, pois o Juiz sentenciante, ao deferir a permuta legal do art. 44 do CP a dois dos corréus, destacou a menoridade deles, condição não comum à paciente.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para absolver a paciente da imputação do delito do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, bem como para reduzir a pena-base pelo delito de tráfico de drogas, resultando a pena final em 1 ano, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 123 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de dezembro de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator