HABEAS CORPUS Nº 495.768 - SC (2019/0059011-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	ALTAMIR FRANCA
ADVOGADO	:	ALTAMIR FRANÇA - SC021986
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	DOUGLAS BRUNO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	MATHEUS BORGES DE OLIVEIRA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **DOUGLAS BRUNO DA SILVA** e **MATHEUS BORGES DE OLIVEIRA SILVA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Ressai dos autos que **MATHEUS BORGES DE OLIVEIRA SILVA** foi condenado às penas de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e 01 (um) ano de detenção, em regime fechado, bem como ao pagamento de 1.610 dias-multa, como incurso, respectivamente, nas sanções dos arts. 33 **caput**, e 35 **caput**, ambos da Lei 11.343/2006, e art. 12 da Lei 10.826/2003; e **DOUGLAS BRUNO DA SILVA** foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 1.600 dias-multa, como incurso nas sanções dos arts. 33 **caput**, e 35, **caput**, ambos da Lei 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir as reprimendas de **MATHEUS BORGES DE OLIVEIRA SILVA** ao patamar de **08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 1.516 (um mil quinhentos e dezesseis) dias-multa**; e de **DOUGLAS BRUNO DA SILVA** para **09 (nove) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado,e 1.516 (um mil quinhentos e dezesseis) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 753-803.

No presente **writ**, o impetrante sustenta a ocorrência de violação

ao comando do artigo 35, **caput**, da Lei 11.343/06, ao argumento de que não houve demonstração concreta dos requisitos da estabilidade e da permanência, para a configuração do delito.

Igualmente, defende que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sob a premissa de que os pacientes detêm todos os requisitos para a concessão do tráfico privilegiado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para absolver os pacientes da imputação relativa ao crime de associação para o tráfico, bem como aplicar a minorante do tráfico privilegiado, com a readequação do regime inicial de cumprimento da pena (fls. 3-17).

As informações foram prestadas às fls. 828-838 e 851-965.

O Ministério Público Federal, às fls. 967-977, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI 11.343/06, E ART. 12, DA LEI 10.823/06. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE EXPRESSIVA DAS DROGAS APREENDIDAS (APROXIMADAMENTE 7 MIL COMPRIMIDOS DE ECSTASY, 5 PACOTES DE MACONHA, 1 PORÇÃO DE COCAÍNA, 40 MICROPONTOS DE LSD), ALÉM DE BALANÇAS DE PRECISÃO E R$ 9.731,40, EM ESPÉCIE, SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM LÍCITA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MATÉRIA QUE DEMANDA O EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT."*

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta a ocorrência de violação ao comando do artigo 35, **caput**, da Lei 11.343/06, ao argumento de que não houve demonstração concreta dos requisitos da estabilidade e da permanência, para a configuração do delito.

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"De fato, a guarda e depósito por ambos de entorpecentes da mesma natureza, a existência de elementos probatórios que evidenciam que ***a venda de entorpecentes era feita em período anterior à prisão, inclusive justificando os gastos mantidos (como aluguel) e valores apreendidos, revela que ambos agiam conjuntamente na venda de entorpecentes,*** *sendo a prisão em flagrante apenas a materialização de um desses momentos de ação integrada.*

Afasta-se a frágil tese de que o "acaso" teria motivado o encontro de dois traficantes justamente no dia em que um deles realizaria a entrega da droga a terceiro, também não convence a tese de que um traficante ajudaria outro a vender drogas sem que ali existisse benefício mútuo.

A hipótese em exame não se assemelha ainda aos casos em que indivíduos são surpreendidos transportando determinada quantidade de droga de um ponto a outro, conduta em que, pela efemeridade da ação, tem resultado na condenação pela coautoria.

No presente caso, o ***material entorpecente, mantido no carro de Douglas e nas casas dos apelantes, afasta a efemeridade do momento manifestada na prisão em flagrante, pois afora a venda obstada pela ação policial, poderiam continuar a desempenhar a atividade ilícita com a larga quantidade de produto remanescente.***

Inclusive, deve-se observar que ***o maior número de comprimidos de ecstasy encontrava-se na casa de Matheus, mais de cinco mil unidades. Já, na casa de Douglas, apesar de encontrada espécie de droga diversa (maconha), apreendeu-se ainda apenas 60 cápsulas que continham fragmentos/pó de ecstasy, ao passo que, em seu carro, foram encontrados***

mais 125 comprimidos e, na companhia de Matheus, no momento da prisão, 500 comprimidos que seriam negociados naquele momento com terceiro.

Nesse contexto, é no mínimo estranho que Matheus, caso não estivesse associado com Douglas, necessitasse da ajuda de mais alguém para a transação, uma vez que, certamente, era quem concentrava esta droga.

Por fim, vale lembrar que ***o tráfico de drogas constitui atividade ilícita que se desenvolve sob o controle de áreas e de usuários, gerando constante embates, direto e indiretos, entre grupos rivais com a finalidade de assegurar a maior fatia de mercado para aumentar os lucros e facilitar a sua perpetuação.***

Não se espera, desta forma, que Matheus, caso não somasse esforços com Douglas, compartilhasse com este a venda de larga quantidade de drogas, o que reforça a certeza sobre a prática do crime de associação para o tráfico.

Como se vê, portanto, o elemento subjetivo do artigo 35 da Lei 11.43/2006, ou seja, o dolo de associar-se de maneira estável está presente no feixe de provas que, quando somados, revelam que Matheus e Douglas agiam em conjunto na venda de entorpecentes, o que leva a também a manutenção da condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas."

O artigo 35 da Lei de Drogas dispõe que: *"Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei.*"

O tipo previsto no artigo **art. 35 da Lei nº 11.343/2006** se configura quando duas ou mais pessoas se reúnem com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33 e 34 do mesmo diploma legal. **Indispensável**, portanto, para a comprovação da materialidade, o **animus** associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer tais delitos.

Nesse diapasão: *"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*. "(HC 434.880/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Danta**s, DJe 09/04/2018).

Ressalte-se, ainda, que os crimes de associação para o tráfico e tráfico de ilícito de entorpecentes são autônomos, não dependendo a caracterização daquele da efetiva prática de quaisquer das condutas delituosas

deste.

Na hipótese, o Tribunal de origem se apoiou em robusto conjunto probatório para impor a condenação aos pacientes, quais sejam, *"a guarda e depósito por ambos de entorpecentes da mesma natureza, a existência de elementos probatórios que evidenciam que a venda de entorpecentes era feita em período anterior à prisão, inclusive justificando os gastos mantidos (como aluguel) e valores apreendidos, revela que ambos agiam conjuntamente na venda de entorpecentes."*

Nesse diapasão, diversamente do que foi alegado pelo impetrante, o que avulta do contexto fático delineado pela col. Corte **a quo** não é o acaso de uma reunião de duas pessoas, para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, mas a de indivíduos que se associaram, reiteradamente, para a mercância de substâncias ilícitas.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. LIDERANÇA NA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. COOPTAÇÃO DE MENORES DE IDADE. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 1/5 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto*

permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A pretensão de absolvição do paciente demanda aprofundada análise do acervo fático-probatório dos autos, tarefa vedada na via estreita do habeas corpus.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

- A exasperação da pena-base do delito de associação para o tráfico está adequadamente motivada, na circunstância de o agente assumir posição de liderança no grupo desbaratado. O reconhecimento dessa condição de líder, aliás, é juízo de fato, firmado pela instância a quo, que não pode ser reformado na via estreita, de cognição sumária, do writ.

- Outrossim, a circunstância concreta de a organização criminosa fazer uso do trabalho de menores de idade desborda do ordinário do tipo e legitima o maior incremento da pena, na primeira etapa dosimétrica.

- Na hipótese, o aumento da pena na fração de 1/5, na segunda fase da dosimetria, é proporcional e está devidamente fundamentado na múltipla reincidência do paciente, o que enseja um juízo de maior reprovabilidade.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 477.199/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 19/02/2019).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. APLICABILIDADE. SÚMULA 545/STJ. 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 MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. 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. 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. A Jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que incide a atenuante prevista no art. 65, III, "d", quando a confissão do acusado, ainda que retratada ou parcial, seja utilizada para fundamentar a sua condenação, como ocorreu no caso em apreço (Súmula 545 do STJ). 4. 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 do agente à atividade criminosa. Precedentes.

5. Aplicada a regra do concurso material e somadas as reprimendas impostas para os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, revela-se correto o regime fechado para o cumprimento inicial da pena superior a 8 anos de reclusão, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, redimensionando a sanção final para 13 anos, 4 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 2.083 dias-multa, mantido o modo fechado." (HC 402.527/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 19/12/2018).

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

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator