

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 534.736 - SP (2019/0282916-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES
ADVOGADO : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON WESLEY PEREIRA HERMENEGILDO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

MAICON WESLEY PEREIRA HERMENEGILDO alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0001111-24.2018.8.26.0637).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa busca, por meio deste *writ*: a) a absolvição no tocante ao delito descrito no art. 35 da Lei de Drogas; b) a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; c) a imposição de regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

Decido.

I. Associação para o tráfico de drogas

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do paciente em relação ao crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, salientou que "a prova é bastante clara em apontar que Maycon e Jeferson perpetravam o

tráfico de drogas nesta cidade de Tupã, **de forma reiterada e habitual**, conjugando esforços" (fl. 69).

Na sequência, destacou: "Dúvida também não subsiste de que os réus conjugavam esforços à prática do tráfico de drogas, na forma como já exposto. Além disso, na forma como mencionado pelos milicianos, as informações davam conta de que Maicon fornecia os entorpecentes a serem comercializados a usuários por Jeferson, agindo, assim conjuntamente na traficância" (fl. 71).

Por fim, ressaltou que "**Não se cuida de mero concurso ocasional de pessoas**. Havia elemento anímico que unia os corréus na empreitada criminosa visando a prática do tráfico de drogas" (fl. 72).

A Corte estadual, por sua vez, também entendeu devidamente caracterizada a prática do delito de associação para o tráfico de drogas, com base nos argumentos a seguir descritos (fls. 124-125):

Sob outra vertente, **também delineada a associação para o tráfico**.

Segundo os policiais, Maycon era responsável pela distribuição de drogas nos bairros Vila Indústria e Santa Rita.

Até por isso, era o "patrão" de Jeferson a quem "abastecia" com as drogas.

Assim, **tal relação entre ambos demonstra a permanência da associação, consistente no dolo de permanecer no cometimento do tráfico de drogas**.

Aliás, ainda segundo os milicianos, os informes relatam que o tráfico era realizado no local, há algum tempo.

Importante mencionar, que Jeferson não morava no local (fls. 33 e 243), onde era apenas caseiro.

Por isso, não é crível que a droga lá estivesse, da forma como foi apreendida, sem que houvesse certa "estruturação" na associação.

Como pode ser extraído dos autos, o acusado Maycon levava as drogas (sendo o "patrão" de Jeferson), para este último distribuir os entorpecentes.

No local, além das drogas parte parcialmente a embalar - , havia tesoura, embalagens e dinheiro.

Além disso, as versões dos acusados são contraditórias.

Na fase policial, Jeferson disse que havia comprado a droga há três meses, sendo que depois, já em Juízo, afirmou que os entorpecentes haviam sido adquiridos na

Superior Tribunal de Justiça

mesma data dos fatos.

Já Maycon, disse que foi até a casa de Jeferson para procurar Adilson.

Este último Adilson nada disse acerca do “amigo” Maycon.

Ademais, Maycon em nenhum momento disse que foi até o local para assistir a um jogo de futebol.

Por tudo, comprovada a estabilidade, o que caracteriza a associação criminosa.

Faço lembrar que, considerando a expressão utilizada pelo legislador, de que a associação entre duas ou mais pessoas seja para o fim de praticar, **reiteradamente ou não**, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, **é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa**, conforme, aliás, já expressei no **HC n. 220.231/RJ**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, julgado em 5/4/2016 (DJe 18/4/2016).

Assim, para a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas, é necessário que o *animus* associativo seja efetivamente provado. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas.

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos, constantes dos autos, que efetivamente evidenciam **a estabilidade e a permanência** exigidas para a configuração de crime autônomo, de maneira que não identifiquei nenhuma ilegalidade manifesta – tampouco ausência de fundamentação – no ponto em que houve a condenação do acusado pelo delito de associação para o narcotráfico.

Dessa forma, não vejo como absolvê-lo em relação ao crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e saliento que qualquer outra solução que não a adotada pelas instâncias de origem implicaria o revolvimento do material fático-probatório amealhado aos autos, providência, consoante cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

II. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas

Porque mantida a condenação do paciente pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas, não há como reconhecer a

Superior Tribunal de Justiça

incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

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 de Drogas, 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.

Exemplificativamente: **HC n. 371.353/PI**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 16/12/2016; **HC n. 422.709/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 19/12/2017.

Conforme destacou a Corte estadual, "no caso concreto, comprovados tráfico e associação, e o modo como as drogas estavam acondicionadas, são circunstâncias que denotam que os acusados **dedicavam-se a atividades criminosas**, a ponto de afastar a aplicação do redutor" (fls. 126-127).

Ainda, pontuou o Tribunal de origem que "o acusado Maycon também possui 'envolvimentos' na seara da Infância e Juventude (fls. 87, o último com extinção em 10/06/2016), circunstância que também caracteriza o cometimento de **atividades criminosas**" (fl. 129), circunstância que reforça a impossibilidade de incidência do redutor em questão.

Diante de tais considerações, fica mantido o afastamento da causa especial de diminuição de pena.

III. Regime inicial de cumprimento de pena

A Corte estadual, ao manter a imposição do regime inicial **fechado**, assim fundamentou (fls. 134-135):

O regime é o inicial fechado, para ambos os acusados.

Ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis, a gravidade dos delitos é concreta, já que ferem bens jurídico difusos (saúde pública e a paz pública) e dilacerando inúmeras famílias, e com escopo na própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser

imposto, senão o fechado, particularidade na qual a sentença fica mantida.

Assim, a motivação delineada escapa do teor das notórias súmulas nº 718 e 719 do STF, já que o regime mais gravoso é imposto expressamente pela lei, e os remédios heroicos não teriam eficácia erga omnes.

De outro lado, **a gravidade do delito é concreta (não sendo o caso de incidência da Súmula nº 440 do STJ), em razão da forma como a droga foi apreendida à noite, por volta das 19:20 horas, fls. 19/21 -**, entorpecente que traz efeitos nefastos aos usuários, dilacerando inúmeras famílias, de modo que, mais uma vez pautado na individualização da pena, e com supedâneo na isonomia em sua acepção material, e afim de que a Constituição, neste particular, não seja letra morta (força normativa), não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, particularidade na qual a sentença fica mantida.

Ademais, importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

Importante mencionar, também, que a fixação do regime pode “trazer” circunstância sequer mencionada, especialmente, na pena-base.

Verifico, portanto, que a Corte de origem não destacou nenhum elemento concreto e idôneo dos autos para motivar a imposição do modo mais gravoso, havendo estabelecido o regime inicial fechado com fundamento, basicamente, **na gravidade abstrata do delito cometido e nos malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo.**

Ressalto, por oportuno, que **o simples fato de a droga haver sido apreendida à noite** não evidencia, de per si, especial gravidade da conduta perpetrada pelo réu, tampouco acentuada reprovabilidade do agente pelo crime praticado, motivo pelo qual não justifica, por si só, a fixação do regime inicial fechado.

Assim, uma vez que o paciente era tecnicamente primário ao tempo do crime, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base de ambos os crimes estabelecida no mínimo legal e foi definitivamente condenado à

Superior Tribunal de Justiça

reprimenda de 8 anos de reclusão, considero devida a fixação do **regime inicial semiaberto** de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos autos da condenação objeto do Processo n. 0001111-24.2018.8.26.0637.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**