

**HABEAS CORPUS Nº 547.482 - SP (2019/0351754-2)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : **ADRIANO ROBERTO COSTA**  
**ADVOGADO** : **ADRIANO ROBERTO COSTA - SP233286**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE** : **JEFFERSON DANIEL DA SILVA (PRESO)**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFFERSON DANIEL DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0001348-89.2017.8.26.0347.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, sendo absolvido da imputação do art. 35 da referida Lei, por ter sido surpreendido com 1,30g (um grama e 30 decigramas) de cocaína e 115,40g (cento e quinze gramas e quarenta decigramas) de maconha, *"além de outros objetos destinados à fabricação, preparação, produção e transformação de drogas, como copo de liquidificador com resquícios de droga, grande quantidade de pó e substância branca desconhecida, rolo de papel filme, rolo de fita adesiva, 175 eppendorfs vazios, ampolas de cloridrato e lidocaína, cloreto de sódio e éter alcoolizado, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar"* (fls. 39-51).

Inconformadas, as Partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem que negou provimento ao recurso da Defesa e deu parcial provimento ao Ministerial, nos termos da seguinte ementa (fls. 19-21):

*"Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença condenatória pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/06, somente para o réu Jefferson.*

*Sentença absolutória para os corréus Ezequiel, Marcos e José Luiz, das imputações do art. 33, caput, e art. 35, ambos da Lei de Drogas. Réu Jefferson que também foi absolvido da imputação referente ao art. 35, da Lei nº 11.343/06.*

*Recurso do Ministério Público para a condenação de todos os*

*réus, nos termos da denúncia (como incursos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06).*

*Recurso defensivo do réu Jefferson Daniel da Silva, pleiteando a absolvição por insuficiência probatória. Pedidos subsidiários de desclassificação para o art. 28, da Lei de Drogas, redução da pena-base ao mínimo legal, aplicação do redutor do art. 33, § 4º, em sua fração máxima, substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixação de regime inicial aberto.*

*Crime de tráfico: Materialidade e autoria comprovadas para todos os réus, com exceção de José Luiz de Souza – Apreensão de 05 porções de cocaína e 07 porções de maconha, além de inúmeros petrechos para o tráfico de drogas – Denúncia anônima dando conta da prática do tráfico de entorpecentes na residência do réu Jefferson, que estaria recebendo ajuda de terceiro que era foragido da Justiça – Polícia Militar que se deslocou até o local, onde foi atendida pelo corréu Marcos, que, indagado, negou a presença de foragido da Justiça na casa, franqueando a entrada dos Policiais na residência – Réu Jefferson que se encontrava no banheiro no momento em que os Policiais adentraram sua residência, acionando a descarga diversas vezes – acusado Ezequiel que se encontrava deitado em um quarto ao lado, enquanto que José Luiz estava em pé, próximo ao banheiro – réu Jefferson que negou haver drogas na casa – Policiais que encontraram porções cocaína e maconha no armário de Jefferson, além de 175 eppendorfs vazios – localização de inúmeros petrechos para o tráfico na cozinha da casa – liquidificador encontrado que tinha resquício de pó batido, com forte cheiro de cocaína – suplementos e cafeína isolada, em pó de coloração branca, que também foram encontrados na cozinha, além de lidocaína – porções de maconha que também foram encontradas no fogão e na lavanderia versões apresentadas pelos réus, de que não sabiam da existência das drogas, que foram infirmadas pelo restante das provas juntadas aos autos – acusados Ezequiel e Marcos que já habitavam a casa de Jefferson havia mais de um mês, não sendo crível que não tivessem conhecimento da presença das drogas e dos petrechos de fabricação, que estavam visíveis nas áreas comuns da casa – De rigor a manutenção da condenação do acusado Jefferson pelo crime de tráfico de drogas, condenando-se também os corréus Marcos e Ezequiel como incursos no art. 33, caput, da Lei de Drogas – impossibilidade de desclassificação da conduta de Jefferson para a do art. 28, da Lei de Drogas, eis que a quantidade e variedade de entorpecentes, bem como os petrechos encontrados, são incompatíveis com a tese de que se trataria de mero usuário de drogas. Corréu José Luiz de Souza que teria ido ao local tão somente para restituir um capacete que pegara emprestado de Marcos, o que foi confirmado em Juízo por este réu, além de estar em harmonia com os relatos dos Policiais Militares – acusados que foram uníssonos ao afirmarem que José Luiz estivera na casa somente por uma*

*noite, pois estaria 'ficando' com uma prima de Marcos – ausência de provas suficientes a demonstrar o envolvimento de Jose Luiz na traficância de drogas, sendo de rigor a manutenção de sua absolvição.*

*Crime de associação para o tráfico: Materialidade e autoria demonstradas apenas para os réus Jefferson, Marcos e Ezequiel – Residência de Jefferson que funcionava como 'fábrica' de drogas, dispondo de entorpecentes, solventes, pós diversos em coloração branca, éter, fitas adesivas, embalagens, entre outros petrechos corréus Marcos e Ezequiel que não apresentaram explicação plausível para a sua presença na residência, e que tinham conhecimento da produção de entorpecentes – vínculo associativo suficientemente demonstrado nos autos – corréus Marcos e Ezequiel que já estavam na casa de Jefferson por tempo considerável, sendo inconteste a incursão dos referidos três réus no art. 35, da Lei nº 11.343/2006.*

*Dosimetria – Exasperação das penas-base para os réus Jefferson, Marcos e Ezequiel, quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista que dispunham de inúmeros petrechos para a produção das drogas – penas-base de tais réus fixadas no mínimo legal, quanto ao crime de associação para o tráfico, por não terem sido valoradas circunstâncias desabonadoras – Na segunda fase, inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes – Na terceira fase, causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 que não pode ser concedida, visto que os referidos réus se encontravam previamente associados para a prática do tráfico de drogas, evidenciando a dedicação às atividades criminosas – Penas somadas, diante do concurso material de crimes. Inviabilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, por falta de preenchimento dos requisitos legais.*

*Regime inicial fechado mantido para Jefferson e fixado para Marcos e Ezequiel, por ser o mais adequado ao caso concreto.*

*Recursos Defensivos improvidos.*

*Recurso Ministerial parcialmente provido, para a condenação de Jefferson, Marcos e Ezequiel como incurso também no art. 35, da Lei de Drogas, e para a condenação dos réus Ezequiel e Marcos também como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.*

*Determinação de expedição de mandados de prisão em nome dos réus Ezequiel e Marcos, após o decurso de prazo para interposição de embargos de declaração ou embargos infringentes, ou, se houver, forem rejeitados."*

Neste writ, o Impetrante alega a existência de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base em 1/3 (um terço), pela valoração negativa da culpabilidade, em razão dos apetrechos encontrados com o Paciente. Afirma que "*tais objetos já foram*

*usados no convencimento da traficância, pois, ao contrário pela quantidade de droga conduziria ao tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/06" (fl. 6).*

Sustenta que o Tribunal *a quo*, ao deixar de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, incorreu em "*bis in idem em prejuízo do Paciente, pois, os apetrechos encontrados no local serviram de fundamento para exasperação da pena-base em 1/3 e também para afastamento da causa de diminuição de pena na terceira fase da dosimetria*" (fl. 9).

Assevera que "*nenhuma prova foi produzida da dedicação efetiva à atividade criminosa e muito menos de participação em facção ou organização, ônus que competia à acusação*" (fl. 9).

Defende, ainda, a ausência de pressuposto de configuração do crime de associação para o tráfico – *animus associativo* –, por inexistir "*situação de estabilidade e caráter de permanência do Paciente com demais corréus para o cometimento do crime de tráfico, devendo ser afastada condenação do art. 35 da Lei 11.343/06*" (fl. 14).

Requer, em liminar, seja permitido ao Paciente que aguarde em liberdade o julgamento final do presente *writ*. No mérito, postula a concessão da ordem para (fl. 15):

*"a) afastar a exasperação da pena-base ou, subsidiariamente reduzir a fração de 1/3 para 1/6, haja vista presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, conforme art. 59 do CP;*

*b) reconhecer a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, cuja fração a ser fixada por este I. Tribunal Superior;*

*c) afastar a condenação pelo art. 35 da Lei 11.343/06, diante da ausência do animus associativo exigido no referido dispositivo legal.*

*Seja aplicado regime inicial de cumprimento de pena conforme art. 33, §2º do Código Penal, conforme quantidade de pena fixada."*

É o relatório. Decido o pedido urgente.

A concessão da tutela de emergência, em juízo de cognição sumária e singular, exige a demonstração concomitante, e em grau bastante satisfatório, da plausibilidade do direito arguido e do perigo na demora. Este pode até ser admitido; aquela, ao revés, não se evidencia estreme de dúvidas, notadamente diante dos motivos apresentados pelo Colegiado de origem que manteve a não incidência da causa de diminuição do tráfico de drogas com base na seguinte fundamentação (fl. 36):

"[...]"

*Na derradeira etapa, não incidem causas de aumento.*

*Incabível, ademais, a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que os referidos réus se encontravam associados para o tráfico de drogas, sendo que, além de guardar, também em conluio, manipulavam, preparavam e embalavam drogas, tudo a demonstrar que se dedicavam às atividades criminosas."*

Em juízo de cognição sumária e prelibatório, verifica-se que o Tribunal de origem apresentou fundamentação idônea, pois o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, foi afastado em virtude da condenação do Paciente e dos demais acusados pelo crime de associação, o que demonstra que eles se dedicavam à atividade criminosa.

Nesse sentido:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 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). PENA IGUAL A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.*

*2. 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 integrarem organização criminosa.*

***3. 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 paciente em atividade criminosa. Precedentes.***

*4. Estabelecida a pena em 8 anos, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o paciente, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando*

*não foi indicado qualquer fundamento idôneo para a imposição do modo mais grave (Súmula 440/STJ).*

5. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.*" (HC 526.975/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. FUNDAMENTO UTILIZADO APENAS PARA DISTANCIAR A PENA-BASE DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM QUE O RÉU SE DEDICA À TRAFICÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

2. *Na hipótese dos autos, não há falar na ocorrência de bis in idem, haja vista que os fundamentos usados pela Corte de origem para não aplicar a redutora prevista na Lei de Drogas vão além da quantidade de entorpecentes apreendidos com o réu, pois o acórdão faz menção expressa a circunstâncias tais como quantidade, variedade e apetrechos para preparo da droga, que indicam que o paciente se dedica com habitualidade ao tráfico de drogas. A pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão das instâncias originárias, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do habeas corpus.*

[...]

5. Writ *não conhecido.*" (HC 344.806/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016, sem grifos no original.)

Ademais, *prima facie*, afastada a incidência do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão de elementos probatórios concretos que indicam o envolvimento habitual do Paciente com o tráfico de drogas, a revisão do entendimento alcançado pelas instâncias ordinárias exigiria aprofundado reexame probatório, o que não é possível nos estreitos limites do *habeas corpus*.

Cito o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE

*TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE. INCIDÊNCIA. PRETENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES CRIMINOSAS. DEDICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS.*

*1. Deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos a decisão monocrática que julgou parcialmente concedida a ordem.*

*2. Para a aplicação do privilégio contido no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, impõe-se ao agente a primariedade, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.*

*3. In casu, as instâncias ordinárias, com fundamento nas provas amealhadas aos autos, entenderam incabível a aplicação da minorante, ao fundamento de que a partir das provas carreadas nos autos, que o réu se dedica a atividades criminosas, notadamente o tráfico de drogas, cuja habitualidade no empenho da mercancia ilícita é destacada no relatório de investigações de fls. 35/36. Ademais, conforme REDS de fls. 05D/21D, o réu apresenta várias passagens policiais no mesmo local dos fatos que ensejaram a denúncia, inclusive quando menor.*

*4. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).*

*5. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 391.286/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017, sem grifos no original.)*

Assim, o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável neste juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Devidamente instruídos os autos, dispensei as informações.

Ouçá-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora