

## HABEAS CORPUS 225.427 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA  
PACTE.(S) : RONI EDER SILVA DE OLIVEIRA  
IMPTE.(S) : LARA CRISTINA RODRIGUES DE OLIVEIRA  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 716.784 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO

*HABEAS CORPUS*. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE DO VÍNCULO ASSOCIATIVO: NÃO DEMONSTRAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU (ART. 580 DO CPP).

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão, proferida no Superior Tribunal de Justiça, pela qual o Ministro Relator denegou a ordem no *Habeas Corpus* nº 716.784/SP.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, a 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 729 dias-multa, ante a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c 40, inc. V, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico interestadual de drogas), tendo sido absolvido da acusação de cometimento do delito do art. 35 da referida lei (associação para o tráfico).

3. O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para condenar o paciente pelo crime de associação para o tráfico, totalizando a pena de 12 anos, 6 meses e 15

dias de reclusão e pagamento de 1.954 dias-multa. Contra esse acórdão, formalizou-se a impetração no STJ.

4. Neste *habeas corpus*, a impetrante afirma inexistir comprovação de vínculo estável e permanente a fundamentar a condenação pelo crime de associação para o tráfico. Alega atendidos os requisitos legais para a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de drogas. Destaca a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de provas que indiquem a dedicação a atividades ilícitas ou a integração a organização criminosa. Afirma ter sido a benesse afastada pelo juízo sentenciante exclusivamente em razão da quantidade de droga apreendida.

5. Requer, em âmbito liminar e no mérito, a absolvição do paciente pela prática do delito de associação para o tráfico e a incidência da minorante do tráfico privilegiado, fixando-se o regime aberto e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

**Decido.**

6. Este *habeas corpus* volta-se contra decisão individual de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. **Inexistindo pronunciamento colegiado do STJ, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito versada na impetração** (CRFB, art. 102, inc. I, al. “i”). **O caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental, cabível na origem.** Nesse sentido: HC nº 115.659/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02/04/2013, p. 25/04/2013; HC nº 199.029-AgR/MA, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma j. 19/04/2021, p. 29/04/2021; e HC nº 197.645-AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 08/04/2021, p. 16/04/2021.

7. Verificada a inadequação da via eleita, a **concessão da ordem de ofício é providência excepcional**, a ser implementada somente quando constatada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia na decisão impugnada. **Entendo ser o caso dos autos.**

8. No tocante ao crime de associação para o tráfico, a conduta está tipificada no art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006, nos seguintes termos:

“Art. 35. 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:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.”

9. Ao discorrer acerca das características necessárias à tipificação do crime, Renato Brasileiro de Lima ensina:

“Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se de maneira estável ou permanente para a consecução de um fim comum. A característica da associação é a estabilidade do vínculo que une os agentes, mesmo que nenhum dos crimes por eles planejados venha a se concretizar. Por isso, por mais que o art. 35 da Lei de Drogas faça uso da expressão ‘reiteradamente ou não’, a tipificação de crime depende da estabilidade ou da permanência (*societas sceleris*), características que o diferenciam de um concurso eventual de agentes (CP, art. 29).

(...)

Portanto, pode-se conceituar o crime do art. 35, *caput*, como a associação estável e permanente de duas ou mais pessoas com o fim de praticar por uma única vez, ou por várias vezes, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas. Para a sua configuração, é de todo

irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente.”

(Manual de Legislação Criminal Especial, Volume único, 10ª ed. Editora JusPODIVM, 2022, p. 1289-1290).

10. No mesmo sentido, firmou-se entendimento nesta Corte de que *“a caracterização da associação para o tráfico de drogas depende da demonstração do vínculo de estabilidade entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a união ocasional e episódica”* (HC nº 124.164/AC, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 11/11/2014, p. 24/11/2014).

11. Na espécie, ao absolver o paciente e o corréu José Antônio Barro Francisco pela prática do crime de associação para o tráfico, o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Pirajuí/SP, após amplo relato do contexto em que efetuadas as respectivas prisões em flagrante, concluiu inexistir comprovação de vínculo estável e permanente a caracterizar o delito. Eis os fundamentos lançados:

“Em Juízo, a testemunha Wallace Gama Santos disse que se recorda da prisão e abordagem dos acusados; que faziam patrulhamento na SP333, que seguiram uma caminhonete e viram que começou a empreender fuga, mais à frente havia um veículo Ecosport; que ambos os veículos adentraram um canavial; que seguiram por cerca de 2km e conseguiram abordar dois indivíduos que tentavam fugir pelo canavial; que os abordaram; que em pesquisa nada de ilícito foi apurado; que **os presos disseram que ganhariam R\$ 7.000,00 cada um, um como transportador, outro como batedor**; que a droga estava embalada em tijolos soltos, embalados em fita; que José conduzia o veículo com a droga e **Roni na função de batedor**; que em consulta a caminhonete estava com a placa adulterada, e constava como roubado; que o Ecosport nada constava de ilícito; que os acusados disseram que saíram da cidade de Naviraí/MS, com destino a Passos/MG; que **não perguntaram**

**se os acusados se conheciam.**

Em Juízo, a testemunha Kleber Arão Silvério de Souza disse que participou da abordagem que resultou na prisão dos acusados, que estavam em patrulhamento pela rodovia quando avistaram uma caminhonete e a placa parecia ser de fora do estado de São Paulo, que a rodovia era a SP333, sentido Guarantã x Borborema-Pongaí; que deram sinal luminoso para que o veículo parasse, perceberam que a caminhonete aumentou a velocidade, que o carro da frente também entrou, não se recorda o modelo, que perceberam que o carro da frente também aumentaram a velocidade e logo em seguida entraram num matagal, que acompanharam por cerca de 2 a 3 km; que depois de cerca de 2/3km no canavial os motoristas pararam e tentaram se evadir a pé; que o declarante deteve o motorista da caminhonete e seu parceiro o motorista do outro carro; que eles disseram que saíram do Mato Grosso do Sul e iriam para Minas Gerais, que o carro da frente fazia a função de batedor e outro conduzia a caminhonete; que eles disseram que ganhariam R\$ 7.000,00 cada um, que ambos apresentaram a mesma versão; que fizeram pesquisa dos veículos no local, que havia cerca de 900kg de maconha, que a droga estava embalada com fita adesiva, verde e vermelha, e acondicionada na caminhonete; que a confissão dos acusados se deu no local da detenção, que ambos falaram que estavam correndo porque estavam com a caminhonete carregada e **ambos confessaram que foram contratados para sair do Mato Grosso do Sul com sentido a Passos/MG.**

Na fase policial, os réus preferiram permanecer em silêncio.

Em Juízo, José Antonio relatou que pegaria a caminhonete em São Paulo e não sabia que era roubada, que sabia da droga, mas não da quantidade; que estava devendo dinheiro a um agiota; que não tem muito conhecimento e entraria de Três

Lagoas e pegaria a caminhonete em Andradina/Sp, próximo a um posto de combustível, que veio um dia antes, de ônibus, que no outro dia pegaria caminhonete para fazer a viagem, que não sabia que era roubada; que pela quantidade ficou nervoso; que quando pegou a caminhonete, não viu a quantidade, mas viu que havia muitos fardos atrás, que lhe foi dado um telefone e o local de entrega; que não se recorda o local, mas era próximo a Barretos; que deixaria a caminhonete num posto de combustível entre São José do Rio Preto e Barretos; que depois seria comunicado por telefone; que só se deparou com Roni quando foi preso; **que sabia que havia um veículo fazendo a função de batedor, mas não sabia quem era, que conhecia Roni da cidade de Eldorado, mas não sabia que era ele que estava dirigindo o outro carro, que não sabia nem o carro que era; que não foi especificado o carro que faria a função da batedor; que não viu Roni no posto;** que não disse que levaria a droga para Passos/MG; que iria para São José do Rio Preto; que colocou o endereço de outra cidade onde desviaria; que estava saindo de um posto, perto de Pongai, e viu o carro de polícia; que estava abastecendo e pegou um salgado, e meia hora depois que saiu viu o carro da polícia perto do pedágio, que então entrou no canavial e foi abordado, que andou cerca de 200m dentro do canavial, que era pequeno, que virou à esquerda e parou a caminhonete e a polícia já estava atrás; que receberia pelo serviço de transporte o valor R\$ 3.500,00; que devia R\$ 5.800,00 para o agiota; que trabalhava como diarista instalando cerca elétrica e codificando alarme de portão, e trabalhando na recepção de um hotel nos finais de semana, que tirava R\$ 500,00 por mês; que aguardava serviço na Copagrill; que não fez os exames em razão da pandemia; que um rapaz entrou em contato com o declarante dizendo que precisava de alguém para fazer um frete; que foi escolhido por indicação de alguém, porque precisava de um serviço, que não sabe se era amigo do agiota que devia ou não, que não conhecia a pessoa que ligou contratando, que foi um desconhecido, que ele

perguntou se o declarante podia fazer um frete; que não foi informado do que se tratava o frete, mas no outro dia ele disse que era droga, mas disse que era pequena quantidade; que a pessoa se apresentou por Eder, com apelido de Tico; que acredita que ele era do estado de São Paulo; que ele pediu a foto dos documentos do declarante para comprar a passagem para o estado de São Paulo; que isso foi no segundo dia; que o batedor não estava no posto de gasolina; que acredita que a pessoa que entregou a caminhonete era a mesma pessoa que entrou em contato por telefone, porque também se identificou como Tico; que ele disse que a droga estava na caminhonete; que ele deu ao declarante dinheiro para abastecer e comer; que ele passou as instruções de onde vinha e para onde iria; que Eder é o rapaz que contratou, que não é o Roni; que ele falou para colocar no GPS a cidade de Barretos e São José do Rio Preto; que não notou que havia um veículo à sua frente, apenas soube de Roni quando foi preso.

Em Juízo, Roni Eder relatou o seguinte: **no dia do fato foi contratado por um cara que se apresentou como Dionísio e falou para o declarante se dirigir até a cidade de Andradina, para que efetuasse o trabalho de batedor; que pegou o carro na cidade de Eldorado/MS, que recebeu o veículo e um telefone; que o veículo era o Ecosport; que encontrou Dionísio em Eldorado, em uma conveniência, e perguntou ao declarante se queria fazer a função de batedor, que disse a ele que precisava, pois sua esposa tinha acabado de ganhar neném; que ele perguntou se o declarante aceitava, e ligou mais tarde; que aceitou; que parou em Andradina e foi informado que deveria seguir a BR que ele passaria as cidades pelo *whatsapp*; que ele explicou que era para ir olhando para ver se tinha alguma guarnição da polícia; que foi informado que era uma caminhonete, mas não foi informado o modelo; que receberia pelo trabalho o valor de R\$ 3.000,00; que Dionísio disse para o declarante ir até Barretos, e chegando lá deveria**

ligar para ele, para que fossem encontrados; que na hora da abordagem, estava indo pela BR e os carros começaram a dar sinal de luz; com o farol alto, como se houvesse acidente ou guarnição mais à frente; que então ligou para Dionísio e ele disse ao declarante para voltar para trás, que quando entrou numa estrada de chão e veio uma viatura que pediu para o declarante parar; que era a mesma estrada, que havia mais de uma viatura da polícia; que não estava junto da caminhonete; que foi preso anteriormente por descaminho de cigarro, em Mato Grosso do Sul; que estava com um rádio no caminhão avisando se tinha polícia; que ia outra pessoa no carro da frente e o motorista do caminhão que não sabia o caminho, que outra pessoa que fazia a função de batedor; que trabalhava em um lava jato; que conhecia José anteriormente, de vista, de Eldorado/MS; que não sabia qual era o veículo que transportava droga, apenas que era uma caminhonete; que Dionísio disse que a caminhonete estava em um posto de combustível; que chegou em Andradina e Dionísio e ele disse que a caminhonete estaria em um posto de combustível; que passou pela caminhonete e deu sinal de luz; que a caminhonete estava parada, e então deu sinal de luz, e saíram; que a caminhonete parada tinha as características que o Dionísio havia falado; que era para dar um sinal de luz, e se a caminhonete o seguisse seria ela; que não conseguiu notar quem era o condutor da caminhonete; que a caminhonete estava bem atrás do declarante, mas nem conseguia enxergar pelo retrovisor; que o processo de descaminho ainda não foi julgado.

(...)

No que diz respeito à acusação de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, a prova obtida em juízo é incapaz de gerar certeza da materialidade na convicção do julgador. Isso porque **o tipo penal demanda a prova de estabilidade e permanência da associação criminosa**, bem como o ânimo de praticar qualquer dos crimes previstos nos



arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006, **o que não restou suficientemente comprovado neste feito.**

Ambos foram presos em flagrante cometendo o crime da cabeça do artigo 33, da Lei 11.343 de 2006, em concurso de pessoas, razão porque reputo adequada a condenação. **Todavia, a comparsaria, isolada como está, *in casu*, não basta para configurar o *animus* associativo exigido pelo artigo 35 daquela Lei.**

Desta feita, deve haver absolvição da associação, pois **apenas se demonstrou a prática de tráfico de drogas em concurso de agentes, ausentes quaisquer provas ou indícios relevantes de que assim agiam com um mínimo de estabilidade**, que a jurisprudência vem considerando indispensável para a condenação nesse delito, como ilustra o seguinte trecho da ementa de decisão do C. Superior Tribunal de Justiça:

Para a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa 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. Trata-se, portanto, de delito de concurso necessário (HC 381431/RJ, Min. Rel. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 17/08/2017, v.u.).

Entender no sentido contrário tornaria obrigatória a condenação por associação em todos os tráficos em concurso de agentes.

Assim, no que diz respeito à associação para o tráfico, deve prevalecer o princípio consagrado da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), como ensina Guilherme de Souza Nucci: 'Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na

fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição' (Código de Processo Penal Comentado, 11ª ed., RT, pp. 738/739, n. 44)." (e-doc. 4, p. 2-7, grifos nossos).

12. Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, condenou o paciente e o corréu pela prática do crime de associação para o tráfico pelos seguintes fundamentos:

"(...) diante do farto acervo probatório acima, a condenação de José e Roni pelo crime de associação para o tráfico, sempre com o devido respeito ao entendimento dissonante e no esteio da irresignação ministerial também é de rigor, uma vez que ficou suficientemente comprovado que eles atuavam em conjunto, com específica divisão de tarefas, inclusive com requintes de profissionalismo, não havendo falar em insuficiência probatória.

Cumprido salientar que, pelo conjunto probatório, restou evidenciado que João e Roni, ambos residentes na cidade sul-mato-grossense de Eldorado (próxima da fronteira com o Paraguai), **estavam conluiados, inclusive com terceiros, para o transporte interestadual do expressivo volume de maconha.** De outra parte, suas isoladas versões judiciais (no sentido de que, embora conhecidos, não sabiam estivessem atuando juntos), bem indica a robustez e a estabilidade do vínculo que os unia.

Consigne-se excerto do parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça que muito bem pontuou:

'(...) restou evidenciado o envolvimento permanente e estável de JOSÉ ANTÔNIO e RONI no tráfico de entorpecentes, a fim de garantir o transporte de elevadíssima quantia de droga - 20 fardos (518,3 kg) e 480

tijolos de maconha (406,8 kg), cabendo a eles a logística da operação, que se deu mediante a conjunção de esforços e a distribuição de tarefas, voltadas ao sucesso da traficância.

É de se ressaltar que a uma mera 'mula' ou 'aviãozinho' uma organização criminoso jamais entregaria a grande quantidade de droga, a uma traficante esporádica ou eventual. Por isso, havia anteriormente uma associação criminoso entre os réus para o transporte interestadual das drogas' (sic fl. 470).

**Não bastasse isso, não se pode perder de vista que o tipo penal do artigo 35 da Lei nº 11.343/06 não exige estabilidade e permanência para sua caracterização, bastando a ação conjunta direcionada ao vil comércio, particularidade bem demonstrada nos autos.**" (e-doc. 3, p. 13-14; grifos nossos)

13. A mesma ótica foi mantida pelo STJ no ato apontado como coator (e-doc. 7).

14. Conforme destacado, **ao contrário do afirmado pelo Tribunal de Justiça, para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é imprescindível a comprovação de vínculo associativo estável, constante, sendo insuficiente que os agentes tenham se reunido de maneira transitória para praticar os crimes descritos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343, de 2006.**

15. Desse modo, percebe-se que o Tribunal de Justiça, a partir de presunções desvinculadas de elementos probatórios constantes do processo, entendeu configurado o delito em tela, reportando-se tão somente à **divisão de tarefas, à quantidade de droga apreendida e ao profissionalismo** empregado na prática delitiva.

16. Não há nos autos dados que indiquem ter o paciente se associado

com outras pessoas, de modo duradouro. Pelo que se tem no processo, **sem necessidade de reexame do conjunto probatório, mas a partir das circunstâncias do crime descritas pelas próprias instâncias ordinárias**, o paciente e o corréu foram contratados para efetuarem o transporte da droga entre os Estados de Mato Grosso do Sul e Minas Gerais, tendo sido presos em flagrante durante patrulhamento de rotina da polícia militar. A simples menção à divisão de tarefas e ao profissionalismo da empreitada delitativa não é capaz de denotar estabilidade e permanência do vínculo associativo, servindo apenas à caracterização de um eventual concurso de agentes.

17. A motivação lançada pelo Tribunal de Justiça mostra-se insubsistente, tendo em vista entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da **necessidade de estabilidade do vínculo para a tipificação da conduta**. A esse respeito, colaciono, ainda, os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. ORDEM CONCEDIDA PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CONCESSÃO AOS CORRÉUS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, EM FAVOR DOS CORRÉUS, PARA APLICAR O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. **De acordo com a jurisprudência desta Suprema Corte, ‘sem a existência de um vínculo associativo estável e permanente, não se caracteriza, no plano da tipicidade penal, o delito de associação para o tráfico de drogas, incompatível, em seu perfil conceitual, com**

**conluos delituosos meramente transitórios’ (HC 178985, Relator Celso de Mello, DJe 18.05.2020). 3. No caso concreto, os elementos probatórios utilizados para fundamentar a condenação pelo crime de associação comprovam tão somente a prática de tráfico de drogas em concurso de agentes, sendo insuficiente para demonstrar o liame subjetivo entre os acusados. 4. A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 5. Afastada a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, não subsiste fundamento idôneo a negar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 6. Agravo regimental desprovido.”**

(RHC nº 216.342-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 01/03/2023, p. 03/05/2023; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – **A sentença condenatória não traz elementos concretos do vínculo associativo para a prática do delito, bem como não demonstra qual era a habitualidade da sustentada traficância.** II – A orientação da Segunda Turma é no sentido de que ‘a caracterização da associação para o tráfico de drogas depende da demonstração do vínculo de estabilidade entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a união ocasional e episódica. Não se pode transformar o crime de associação, que é um delito contra a paz pública – capaz de

expor a risco o bem jurídico tutelado –, em um concurso de agentes.’ (HC 124.164/AC, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma). III – Absolvida a paciente do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas) e não restando nos autos elementos capazes de obstar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da mesma Lei, entendo ser o caso de reconhecimento do tráfico privilegiado. IV – A orientação jurisprudencial da Segunda Turma desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo insuficiente, para tanto, simples referência à quantidade de entorpecente apreendida ou ilações no sentido da dedicação do réu à prática de atividades criminosas. V – *Habeas corpus* concedido para absolver a paciente do crime de associação para o tráfico e reconhecer a incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com determinação o juízo sentenciante que, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção imposta. VI – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(HC nº 216.267-AgR-segundo/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 05/09/2022, p. 09/09/2022; grifos nossos).

18. Quanto ao redutor do tráfico privilegiado, consoante o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, é viável a diminuição da pena, de 1/6 a 2/3, quando o agente for **primário, sem antecedentes, não se dedicar a atividades delituosas nem integrar organização criminosa**. Eis o teor do dispositivo:

“§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, **não se**

**dedique às atividades criminosas** nem integre organização criminosa.” (grifos nossos).

19. O Juízo sentenciante, na dosimetria, deixou de aplicar a minorante, com base nas seguintes premissas:

“Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inicialmente pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória e deve ser analisada com a necessária prudência. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo.

De se considerar ainda que **a elevada quantidade de psicotrópicos apreendidos (novecentos quilos) não poderia ser obtida pelo acusado por outro meio senão o crime organizado, na qual restou envolvido.** Ainda, a descrição trazida pelo acusado indica a **divisão de tarefas da organização, a promessa de pagamento** de considerável monta e a **livre adesão dos acusados à empreitada criminosa.**

Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico.

Ademais, o benefício se destina a pequenos traficantes, quando se trafica 'miudezas', o que, definitivamente, não é a hipótese. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda tem vinculação com organização criminosa pelas características presentes ao exercício do tráfico.” (e-doc. 4, p. 10).

20. O Tribunal de Justiça manteve a óptica, aduzindo ser inviável a observância da causa de diminuição, considerada a condenação pelo crime de associação para o tráfico. Eis o trecho pertinente do acórdão alusivo a apelação:

“Frise-se que, em razão da condenação de José e Roni também pelo crime de associação para o tráfico, a demonstrar ousadia, periculosidade e o envolvimento não ocasional deles com organização criminosa, não há falar na aplicação, para ambos, do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.” (e-doc. 3, p. 17).

21. Ainda que afastada a condenação pelo delito do art. 35 da Lei de Drogas, **os contornos do delito (transporte de elevada quantidade de entorpecente (20 fardos e 480 tijolos de maconha, totalizando 925 Kg do entorpecente), em concurso de pessoas, com divisão de tarefas e mediante promessa de pagamento de considerável monta)**, conforme retratados nas instâncias antecedentes, denotam não se tratar de traficante ocasional, surgindo imprópria a aplicação da minorante. As premissas estão em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Agravamento regimental em *habeas corpus*. Penal. Condenação. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Impetração dirigida contra decisão monocrática por meio da qual o relator do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *writ*. Não exaurimento da instância antecedente. Apreciação *per saltum*. Impossibilidade. **Afastamento da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ainda que desconsiderada condenação por idêntico delito não transitada em julgado, com base no reconhecimento da dedicação do agravante a atividades criminosas relacionadas ao tráfico de drogas.** Natureza e



**quantidade da droga apreendida** (442 g de maconha) **associadas a outras circunstâncias** (ausência de vínculo empregatício, envolvimento desde a menoridade em atos ilícitos, **habitualidade do crime como modo de vida**, agraciado com liberdade provisória voltou a delinquir, anterior reconhecimento em outro processo da benesse do redutor). **Necessidade de incursão em fatos e provas para se divergir da conclusão das instâncias ordinárias.** Abrandamento de regime de prisão. Impossibilidade. Quantidade e natureza da droga apreendida. Motivação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso. Violação do princípio da colegialidade. Não ocorrência. Legitimidade da atuação do relator na forma regimental (RISTF, art. 21, § 1º). Precedentes. Agravo regimental não provido.”

(HC nº 208.727-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 28/03/2022, p. 29/04/2022; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006). AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. 1. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL chancela o afastamento da causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) quando presentes fatos indicadores da dedicação do agente a atividades criminosas, como, por exemplo, a) a conduta social do acusado, b) o concurso eventual de pessoas, e c) a quantidade de droga. 2. As instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conteúdo fático-probatório, assentaram que os elementos colhidos sob o crivo do contraditório indicaram a dedicação do paciente a atividades criminosas. O registro de

que o agravante alugou imóvel para a prática do comércio de drogas, bem como a apreensão de considerável quantidade de entorpecente e petrechos destinados à divisão da substância, revelam que a hipótese não retrata quadro de traficância eventual ou de menor gravidade, circunstâncias para quais a minorante em questão deve incidir. (...). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(HC nº 161.482-AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 15/10/2018, p. 19/10/2018; grifos nossos).

“Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*.  
**2. Tráfico de drogas. 3. Não incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a consequente impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 4. Paciente responsável por ponto de venda de entorpecentes. Dedicção ao tráfico de drogas. 5. Agravo regimental desprovido.”**

(RHC nº 160.549-AgR/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 22/02/2019, p. 28/02/2019; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PREJUÍZO. IMPETRAÇÃO FORMALIZADA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE INDEFERIMENTO LIMINAR EM *HABEAS CORPUS* ENDEREÇADO A TRIBUNAL SUPERIOR. APLICAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NÃO CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. DESCABIMENTO DE SUPERAÇÃO SUMULAR. **TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REFORMATIO IN PEJUS.** INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1.

Ordem concedida pelo STJ para conferir ao ora paciente o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Prejuízo. 2. A teor da Súmula 691/STF, é inadmissível a impetração de *habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar, salvo em hipóteses excepcionais, em que o impetrante demonstre a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão hostilizada. 3. Inocorrência das hipóteses de excepcional superação do verbete sumular. 4. **A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.** 5. **Em se tratando de requisitos negativos a serem avaliados pelas instâncias próprias segundo as particularidades de cada caso, não há ilegalidade na decisão que não aplica a minorante com respaldo em evidências de se dedicar o agravante a atividades criminosas.** 6. *Reformatio in pejus*. Inexistência. Precedentes. 7. Agravo regimental prejudicado quanto às alegações sobre a execução provisória da pena, e desprovido, no mais.”

(HC nº 154.090-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 14/02/2022, p. 08/04/2022; grifos nossos).

22. Observa-se, ademais, que os fundamentos utilizados para afastar o redutor, na terceira fase da dosimetria, não se limitaram ao montante de entorpecente. **Para além da quantidade de drogas envolvida, considerou-se todo o contexto delitivo.** As premissas estão em conformidade com a jurisprudência deste Pretório Excelso:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. DOSIMETRIA. *HABEAS CORPUS*SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO

DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ATUAL JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA TURMA, QUE TEM POR ILEGAL A EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO COM FUNDAMENTO EXCLUSIVO NA QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CASO EM QUE A QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTE NÃO FOI O ÚNICO FUNDAMENTO PARA A NEGATIVA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. REEXAME DE PROVA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(HC nº 194.826-AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 24/02/2021, p. 26/02/2021; grifos nossos).

23. Além disso, assentada, pelas instâncias antecedentes, a dedicação do paciente a atividades ilícitas, a partir de dados concretos, alcançar conclusão diversa demandaria o reexame do acervo fático-probatório, incabível na via estreita do *habeas corpus*, conforme precedentes de ambas as Turmas: HC nº 105.163/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 03/05/2011, p. 18/05/2011; HC nº 157.282-AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 05/10/2018, p. 05/11/2018; HC nº 156.894-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 14/08/2018, p. 05/09/2018; e HC nº 195.352-AgR/RS, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 08/03/2021, p. 09/04/2021. A propósito, confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. UTILIZAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADO COM FUNDAMENTO NA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 1. É inviável a utilização de *habeas corpus*

como sucedâneo de revisão criminal. 2. A existência de ações penais em curso constitui premissa idônea e válida a evidenciar a dedicação a atividade criminosa e justificar o afastamento do tráfico privilegiado. 3. **É inadmissível, na via estreita do *habeas corpus*, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva – aplicação do tráfico privilegiado (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º) –, do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias, que as levou a concluir pela ‘dedicação às atividades criminosas como verdadeiro meio de vida’.** 4. Agravo interno desprovido.”

(HC nº 201.617-AgR/AM, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 23/11/2021, p. 17/12/2021; grifos nossos).

24. Ante o exposto, **nego seguimento ao presente *habeas corpus*, mas, com base no art. 192 do RISTF, concedo a ordem, de ofício, a fim de restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Pirajuí/SP, no processo-crime nº 1500102-49.2020.8.26.0453, apenas no ponto em que absolvido o paciente pela prática do crime do art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006. Por se encontrar em idêntica situação jurídica, consideradas as matérias tratadas neste *habeas corpus*, estendo a ordem, com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal, ao corréu José Antônio Barros Francisco.**

**Comunique-se, com urgência.**

**Publique-se.**

Brasília, 10 de julho de 2023.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

Relator