



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 1088212 - SP (2026/0136345-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **JORGE DEYVIDSON JERONIMO NUNES (PRESO)**
ADVOGADOS : **HELDER GUSTAVO CARDOSO PEDRO BELLO - SP403159**
: **MAYARA CARLOS MARIA NETO - SP422803**
: **GIOVANNI COSTA SILVA - SP492162**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por **JORGE DEYVIDSON JERONIMO NUNES** contra decisão que indeferiu liminarmente o *habeas corpus* (e-STJ, fls. 149-150).

O agravante sustenta que não pretende rediscutir provas, mas demonstrar flagrante ilegalidade na condenação pelo art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por ausência de prova mínima do vínculo associativo estável e permanente.

Aduz que a fundamentação da condenação se limita a circunstâncias neutras — vínculo familiar e coabitação — e à apreensão isolada de um rádio comunicador com o paciente, além de uma caixa vazia supostamente relacionada ao correu, sem comprovação de posse ou utilização; que não houve investigação prévia, monitoramento, interceptação, relatórios ou elementos objetivos de atuação conjunta; e que os agentes estatais declararam desconhecer previamente os acusados, inexistindo lastro probatório idôneo.

Argumenta que a decisão agravada limitou-se a invocar, de modo genérico, o trânsito em julgado, a vedação ao *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal e a inexistência de flagrante ilegalidade, sem enfrentar os fundamentos concretos deduzidos na inicial.

Em contraponto, invoca a jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de concessão de ordem de ofício diante de manifesta ilegalidade, mesmo em hipóteses de não conhecimento do *writ*.

Defende que, na espécie, a prova pré-constituída evidencia ausência de elementos concretos aptos a sustentar a condenação por associação para o tráfico, de modo que se impõe a apreciação colegiada e a superação do óbice formal, com concessão de *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Aponta, especificamente, que: (i) não houve investigação prévia ou monitoramento; (ii) os agentes públicos não conheciam previamente os envolvidos; (iii) não existem relatórios, imagens ou elementos indicativos de associação; (iv) foi apreendido apenas um rádio comunicador com o paciente; (v) a caixa vazia encontrada na residência não comprova vínculo associativo; e (vi) a prova pericial não revelou atuação conjunta ou estruturação para o tráfico.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou sua submissão ao colegiado.

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.

Passo, assim, à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

O Tribunal de origem manteve a condenação do paciente pelos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 nos seguintes termos:

"Consoante a denúncia, em data incerta, mas anterior ao dia 12 de janeiro de 2022, na Rua Paulo Freire, nº 61/73, Veredas da Conquista, em Indaiatuba, JORGE DEYVIDSON JERONIMO NUNES e GABRIEL CARVALHO CORREA, ora apelantes, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime do art. 33, caput, da lei 11.343/06.

É, ainda, da exordial acusatória que, no dia 11 de janeiro de 2022, por volta das 23h15min, na Rua Paulo Freire, Veredas da Conquista, em Indaiatuba, JORGE DEYVIDSON JERONIMO NUNES trazia consigo, para fins de tráfico, 40 (quarenta) porções de cocaína, pesando 12,3 gramas; 37 (trinta e sete) porções de TETRAHIDROCANNABINOL THC, popularmente conhecida como "maconha", pesando 89,2 gramas; e 02 (duas) porções de cocaína, na forma de "crack", com peso líquido de 0,2 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme laudo de constatação de fls. 15/17 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 70/72.

Conforme apurado, em data incerta, mas anterior ao dia 12 de janeiro de 2022, JORGE DEYVIDSON e GABRIEL associaram-se para a prática do tráfico de drogas. Para tanto, JORGE DEYVIDSON e seu enteado GABRIEL guardavam e tinha em depósito, na residência deles, localizada na Rua Paulo Freire, 61/73, bairro Veredas da Conquista, em Indaiatuba, diversos tipos de drogas (maconha, cocaína e "crack"), além de balança de precisão, faca utilizada para o corte de droga prensada e rádios comunicadores para facilitar a venda da droga aos usuários.

Consta, ainda, que, no dia 11 de janeiro de 2022, JORGE DEYVIDSON, objetivando a venda de drogas, trazia consigo 40 (quarenta) porções de cocaína, 37 (trinta e sete) porções de "maconha", e 02 (duas) porções de "crack", e, na companhia de outro

indivíduo não identificado, deslocou-se até a esquina da Rua Paulo Freire para realizar a venda do entorpecente. Ocorre que, guardas municipais, em patrulhamento, receberam informações indicando que no referido local havia indivíduos praticando o tráfico de drogas, para onde se dirigiram.

Lá chegando, os guardas avistaram JORGE DEYVIDSON e outro indivíduo sentados na calçada da esquina e resolveram abordá-los, sendo que, ao perceberem a presença da viatura, JORGE DEYVIDSON e seu comparsa empreenderam fuga, sendo que apenas o indiciado foi detido.

Em busca pessoal, os guardas municipais localizaram em poder de JORGE DEYVIDSON uma pochete e um estojo contendo as porções de cocaína, maconha e “crack” acima mencionadas, que seriam comercializadas por ele, além de um rádio comunicador, um aparelho celular e a quantia de R\$107,35 (cf. auto de fls. 12/13). Em razão dos fatos, o réu JORGE foi preso em flagrante pelo delito de tráfico de drogas.

Consta, por fim, que policiais civis, em investigação para apuração dos responsáveis pelo armazenamento de drogas que eram comercializadas no bairro Veredas da Conquista, identificaram o imóvel de nº 61/73, isto é, onde JORGE DEYVIDSON e seu enteado GABRIEL residiam. Diante disso, no dia seguinte à prisão de JORGE DEYVIDSON, por volta das 06h00min, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão domiciliar expedido nos autos do processo nº 1500021-65.2022.8.26.0248, os policiais civis se dirigiam ao referido imóvel, onde foram recebidos por GABRIEL. Ao vistoriarem a residência, os policiais encontraram 110 (cento e dez) porções de cocaína, 09 (nove) porções de “maconha” e 12 (doze) pedras de “crack”, todas embaladas para venda, além de uma balança de precisão, uma faca utilizada para o corte da droga prensada, a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) e uma caixa de rádios comunicadores (em razão desses fatos GABRIEL foi denunciado apenas em relação ao crime de tráfico previsto no artigo 33 da Lei 11.3 43/06 autos nº 1500098-74.2022.8.26.0248 cf. cópia das principais peças em anexo à denúncia).

Assim, considerando as circunstâncias da prisão de JORGE DEYVIDSON, a quantidade e diversidade de tóxico apreendido em seu poder (incompatível com o uso próprio) e a forma como este se encontrava acondicionado, isto é, em pequenas porções, prontas para a venda, além da apreensão de dinheiro, está claro que o tóxico pertencia ao indiciado e se destinava à comercialização. Igualmente, tendo em vista que JORGE DEYVIDSON e seu enteado GABRIEL declararam que residiam no mesmo endereço, cujo imóvel foi apontado em denúncias anônimas como sendo usado para o depósito do tóxico, bem como considerando a quantidade e diversidade das drogas que localizadas na referida residência, além de apetrechos utilizados para a embalagem e venda, ficou evidenciada a associação estável e permanente entre eles para a prática da mercancia ilícita.

Com efeito, a materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/05), do boletim de ocorrência (fls. 09/11), do auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), do laudo do exame químico-toxicológico, que atestou a presença das substâncias psicotrópicas (fls. 70/72) e das peças oriundas do processo 1500098-74.2022.8.26.0248, no qual o réu GABRIEL foi preso e autuado em flagrante delito pela prática de tráfico de entorpecentes (fls. 103/125).

A autoria, em que pese o esforço da combativa defesa, é certa.

JORGE, em Juízo, negou a prática do crime, alegando ser usuário do entorpecente “maconha” e que, na data dos fatos, de posse da quantia de R\$ 10,00, dirigiu-se ao ponto de mercancia de drogas justamente para adquirir uma porção deste estupefaciente para seu consumo, no momento em que solicitou a droga para o suposto traficante, ambos foram surpreendidos pela chegada da guarda civil, momento em que aquele indivíduo logrou fuga, deixando algo cair ao solo, enquanto este réu acabou sendo abordado e detido; salientou que não tinha nada de ilícito consigo, tendo sido forjada sua situação de flagrância delitiva pelos guardas que o abordaram, pois as drogas apreendidas pertenciam ao indivíduo que havia escapado. Indagado, confirmou ser padraço do corréu GABRIEL e afirmou não ter

conhecimento de qualquer envolvimento deste corréu com entorpecentes; anotou que tirava seu sustento do trabalho de ajudante de pedreiro e de “bicos” que fazia em um pesqueiro.

GABRIEL, em Juízo, negou a prática do delito, alegando que estava dormindo na ocasião da prisão em que o corréu JORGE, seu padrastrô, acabou preso. Admitiu que as drogas apreendidas em sua residência lhe pertenciam e que as guardava para fins ilícitos, como meio de sustentar a família. Indagado, salientou que o corréu JORGE não tinha conhecimento das drogas armazenadas na residência.

Anotou ainda o réu GABRIEL que nunca tinha visto a caixa do rádio comunicador.

Willian, guarda civil municipal, relatou que, na ocasião dos fatos, sua guarnição estava em patrulhamento, oportunidade em que foi irradiado um informe acerca da ocorrência de tráfico de drogas; ao chegarem ao local informado ali avistaram dois indivíduos postados na esquina, os quais, ao notarem a viatura, colocaram-se em fuga; ato contínuo lograram abordar e deter tão-somente o réu JORGE, na posse do qual se encontrava uma pochete contendo 07 pinos de cocaína, 40 porções de maconha e ainda R\$ 107,00, em espécie; no bolso deste acusado foi ainda encontrado um estojo, no interior do qual havia 32 pinos de cocaína e 02 porções de “crack”, tendo sido ainda encontrado junto à cintura deste um rádio comunicador; indagada, esta testemunha confirmou que o local já era conhecido como ponto de mercancia de drogas e que o réu nada falou sobre ser usuário de entorpecentes.

Sergio, também guarda civil municipal, corroborou todas as circunstâncias acerca dinâmica dos fatos relatada por seu colega de farda no tocante à detenção do réu JORGE, confirmando, notadamente, a apreensão das drogas, do numerário e do rádio comunicador na posse deste acusado, a partir de informe da ocorrência de tráfico no local onde este foi surpreendido em companhia de outro indivíduo que logrou escapar; confirmou ainda que o local dos fatos já era conhecido como ponto de traficância de entorpecentes e que o réu JORGE, quando abordado nada alegou sobre as drogas.

Eduardo, policial civil, disse que, a partir de denúncias acerca da ocorrência do comércio de entorpecentes em determinada residência, foi emitido mandado de busca e apreensão;

aduziu ainda que, quando do cumprimento do mandado na referida moradia, onde residiam o réu GABRIEL, sua genitora e o padrastrô dele (o corréu JORGE), o qual havia sido preso na noite anterior, foram localizados e apreendidos neste imóvel, especificamente no quarto do réu GABRIEL, determinada quantidade de entorpecentes, certa quantia em dinheiro e ainda uma caixa (embalagem) de um rádio comunicador, cuja marca e modelo correspondiam justamente àquelas do rádio comunicador que havia sido apreendido na noite anterior na posse do corréu JORGE, quando de sua prisão; esta testemunha ainda esclareceu que o réu GABRIEL admitiu que as drogas e o dinheiro apreendidos na residência lhe pertenciam.

Wagner, também policial civil, contou sobre a existência de uma investigação a partir de informe de que determinada residência servia para o armazenamento de drogas que eram comercializadas em um ponto de tráfico existente nas proximidades (a cerca de 50 metros da casa); anotou que, na noite anterior ou retrasada ao cumprimento do mandado de busca e apreensão, a guarda municipal havia efetuado uma prisão em flagrante relacionada à apreensão de certa quantidade de drogas; aduziu ainda que, quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência, ali estavam o réu GABRIEL e sua genitora, oportunidade em que, no quarto deste acusado, foram localizadas drogas diversas, dinheiro, bem como a caixa do rádio comunicador que havia sido apreendido quando da prisão efetuada na noite anterior, o que chamou atenção dos policiais. Anotou que a descrição da característica do réu GABRIEL, alusiva a uma tatuagem no pescoço, foi mencionada como sendo a de um dos envolvidos na traficância.

Destaco que não há qualquer impedimento no depoimento de policiais, que é idôneo para embasar um decreto condenatório, uma vez que não armariam uma situação para

incriminar inocentes, principalmente quando seu depoimento é coerente com as demais provas, colhido sob o crivo do contraditório, como na hipótese dos autos.

Para afastar-se suas presumidas idoneidades seria preciso constatar divergências em seus relatos ou demonstrar alguma desavença séria com o réu que os tornassem suspeitos ou capazes de prejudicar inocentes. Cabendo à Defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (HC nº 165.561/AM, rel. Min. Nêfi Cordeiro, j. em 2.2.2016).

Mas disso não se cuidou aqui.

A testemunha de defesa Wanderlei, ouvida em sede judicial, relatou ter um pescueiro e que conheceu os réus ainda quando ambos eram adolescentes, pois os ajudava com alimentação e em troca recebia o auxílio destes em trabalhos braçais, nada tendo o que os desabonasse. Confirmou haver tomado conhecimento que o réu GABRIEL havia se tornado enteado do corréu JORGE. Relatou ainda que, na data da prisão do réu JORGE, este havia se dirigido ao pescueiro desta testemunha para solicitar um trabalho na função de garçom e, pouco depois deste réu haver deixado o pescueiro, policiais ali chegaram à procura deste acusado e, mais adiante, próximo a uma marcenaria, acabaram por detê-lo.

Nota-se que a negativa dos recorrentes restou totalmente isolada, não se coaduna com as demais provas, em especial, como pôde se ver, as palavras dos agentes públicos (guarda civil municipal e polícia civil), os quais deram cumprimento ao mandado de busca e apreensão e encontraram drogas acima destacadas.

Ressalte-se, ainda, que a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, bem como o modo como estavam acondicionados 40 (quarenta) porções de cocaína, pesando 12,3 gramas; 37 (trinta e sete) porções de TETRAHIDROCANNABINOL THC, popularmente conhecida como “maconha”, pesando 89,2 gramas; e 02 (duas) porções de cocaína, na forma de “crack”, com peso líquido de 0,2 gramas, próprias para a comercialização, com intuito mercantil.

E, diante da extensiva tipificação penal, não se exige qualquer ato de comércio para a incidência no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, bastando que a conduta do agente conste dentre os núcleos verbais nele referidos, no presente caso, aquele de “ter em depósito” as substâncias entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros.

Assim, ainda que sequer tenha sido comprovada a tradição, o crime de tráfico de drogas já estaria consumado da mesma forma, porquanto, se trata de delito de ação múltipla.

[...]

Assim, a prova é farta e coesa, estando perfeitamente caracterizada a prática do tráfico de entorpecente por parte do apelante.

Igualmente, restou comprovada a prática de crime de associação para o tráfico pelos réus.

Conforme aduziu o sentenciante: A prova oral acusatória forneceu suficiente indicação, eis que os policiais civis responsáveis pela busca e apreensão realizada na residência foram unânimes na indicação de que além da localização de drogas e dinheiro, no quarto do réu GABRIEL, também foi apreendida uma caixa (embalagem) de rádio comunicador que correspondia justamente às características (marca/modelo) do rádio comunicador apreendido anteriormente na posse do corréu JORGE, quando este havia sido preso e autuado pela prática do crime de tráfico de drogas. Os policiais civis ainda confirmaram que o imóvel onde foi realizada a diligência era apontado como sendo local destinado ao tráfico de drogas, em especial, a armazenagem de entorpecentes destinados à ilícita mercancia. E não se olvide ainda que a prova oral demonstrou que o réu JORGE era padrao do corréu GABRIEL e que ambos, em companhia da genitora do segundo, residiam no aludido imóvel, indicado como local de estocagem de estupefacientes. Some-se ainda o fato de terem sido apreendidos entorpecentes na referida moradia, quando da prisão do corréu GABRIEL, fato por este confirmado inclusive quando de seu interrogatório no presente feito e ainda extraído das peças oriundas do processo 1500098-74.2022.8.26.0248, no qual este acusado foi autuado em flagrante delito pela prática de tráfico de entorpecentes (fls. 103/125).

Desta forma, evidenciada a convergência de vontades e harmonização de ações, com estrutura, todas buscando um mesmo fim comum, ou seja, a viabilização do tráfico de drogas. Notória a associação contínua e duradoura.

Neste contexto, há prova demonstrando a existência de ajuste prévio ou animus associativo entre as acusadas, conforme tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06. Portanto, impossível falar-se em absolvição, devendo ser mantida a condenação das apelantes também por tal crime.

Passo ao exame das penas aplicadas.

- Jorge:

Tráfico de drogas.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, o Magistrado a quo fixou a pena base acima do piso, em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas (40 porções de cocaína, pesando 12,3 gramas; 37 porções de “maconha”, pesando 89,2 gramas; e 02 porções de cocaína, na forma de “crack”, com peso líquido de 0,2 gramas), resultando em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, de forma definitiva, porquanto, ausentes agravantes e/ou atenuantes, bem como causa de aumento e/ou diminuição.

Destaco que a condenação também pela associação, afasta a incidência do redutor para traficante ocasional Associação para o tráfico.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, o Magistrado a quo fixou a pena base no piso, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas, resultando em 03 anos de reclusão, mais pagamento de 700 dias-multa, de forma definitiva, porquanto, ausentes agravantes e/ou atenuantes, bem como causa de aumento e/ou diminuição.

Presente o concurso material de crimes, as penas foram somadas resultando em 09 anos de reclusão, mais pagamento de 1300 dias-multa.

Ressalto que tendo o réu tendo o recorrente a reincidência específica, não é o caso de se conceder a minorante prevista no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, por ausência dos requisitos legais.;

Foi fixado o regime fechado para o tráfico de drogas, o que está de acordo com a reprovabilidade das condutas. Outros nem seriam recomendáveis a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que lá se decidiu que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Contudo, nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014).

Fato é que a conduta penal aqui apurada é grave, a par de provocar desassossego à sociedade, ocasionando sérios problemas de saúde pública, sem falar na personalidade distorcida e ousada do acusado, que praticava o delito sem qualquer preocupação com a vigilância policial ou delação de terceiros.

Também se afigura descabido falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou “sursis”, porque não recomendáveis e porque os requisitos legais não se veem como satisfeitos (arts. 44 e 77 do CP), dado o montante da pena aplicada, superior a quatro anos, o que afasta a aplicação de tais benesses.

Por fim, não é o caso de se reconhecer o apelo em liberdade, porquanto, conforme bem salientado na r. sentença: “não houve qualquer modificação fático-jurídica na situação do réu JORDE, mantenho sua custódia cautelar anteriormente decretada (art. 387, § 1º, CPP). Recomende-se o réu no estabelecimento prisional em que encontra” - Gabriel.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, o Magistrado a quo fixou a pena base no piso, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas, resultando em 03 anos de reclusão, mais pagamento de 700 dias-multa, de forma definitiva, porquanto, ausentes agravantes e/ou atenuantes, bem como causa de aumento e/ou diminuição.

Correta a imposição do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, demonstrada a associação estável e permanente para a prática do tráfico de drogas, que envolvia considerável quantidade de entorpecentes, como se verifica pela quantidade de entorpecentes apreendidas nestes autos (40 porções de cocaína, pesando 12,3 gramas; 37 porções de “maconha”, pesando 89,2 gramas; e 02 porções de cocaína, na forma de “crack”, com peso líquido de 0,2 gramas) e a nos autos do Processo n. 1500098-74.2022.8.26.0248 (110 porções de cocaína, 09 porções de “maconha” e 12 pedras de “crack”, balança de precisão), tudo a indicar a necessidade de uma reposta estatal mais adequada para o desestímulo da continuidade delitiva, em observância à função preventiva especial da pena.

Também se afigura descabido falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou “sursis”, porque não recomendáveis e porque os requisitos legais não se veem como satisfeitos (arts. 44 e 77 do CP), dado o montante da pena aplicada, superior a quatro anos, o que afasta a aplicação de tais benesses.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.” (e-STJ, fls. 13-27; sem grifos no original)

Em relação à condenação do paciente pelo delito de associação para o tráfico, o acórdão impugnado está dissonante da exigência legal de demonstração concreta do animus associativo estável e permanente.

À míngua de exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que o Tribunal de origem amparou a condenação no compartilhamento de residência, na apreensão de drogas e apetrechos no quarto do corréu, e na coincidência de marca/modelo entre a “caixa (embalagem) de rádio comunicador” encontrada no quarto de Gabriel e o rádio apreendido com Jorge. Tais elementos, embora possam indicar concurso de pessoas no tráfico, não revelam, por si, o ânimo associativo duradouro exigido pelo art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, a dinâmica dos fatos descrita nas peças é genérica: o vínculo temporal da suposta associação foi narrado em “data incerta, mas anterior ao dia 12 de janeiro de 2022” (fl. 13); não há referência a monitoramentos, interceptações, divisão estável de tarefas ou atos reiterados que evidenciem permanência; os guardas civis informaram que não conheciam previamente o paciente); e o próprio corréu Gabriel afirmou, em juízo, que “o corréu JORGE não tinha conhecimento das drogas armazenadas na residência” (e-STJ, fls. 17-18). A reunião ocasional de agentes, sem prova inequívoca de vínculo duradouro, não subsume o tipo associativo.

A condenação pelo delito do art. 35 está apoiada, essencialmente, na apreensão de drogas com o paciente em via pública (40 porções de cocaína, 37 de maconha e 2 de crack) e de outras porções, dinheiro, balança e a caixa de rádio comunicador no quarto do corréu, bem como na coabitação. Esse quadro pode sustentar o tráfico, mas não demonstra, de forma concreta, a especial intenção associativa estável e permanente.

Portanto, diante da falta de comprovação do elemento subjetivo — estabilidade e permanência —, a absolvição pelo delito de associação para o tráfico é medida que se impõe.

A seguir os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO REGRAMENTO DO ART. 384 DO CPP. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO DEMONSTRADO CONCRETAMENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A INFRAÇÃO PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA N. 207/STJ. MINORANTE. REINCIDÊNCIA DE UM DOS RECORRENTES. VEDAÇÃO LEGAL.

1. Na hipótese dos autos, a condenação pelo art. 35 da Lei n. 11.343/2006 caracteriza ofensa ao princípio da correlação, uma vez que a denúncia não descreve, sequer minimamente, as circunstâncias elementares desse crime. Encerrada a instrução, o Ministério Público ofereceu razões finais na própria audiência, limitando-se a postular que os dois corréus fossem condenados pela prática do crime do art. 33 dessa lei.

2. Embora fulminadas pela preclusão consumativa, foram apresentadas novas alegações finais pela acusação, requerendo que os réus fossem também incurso no delito de associação para o tráfico de drogas, sem que houvesse o aditamento à denúncia e a observância do regramento do art. 384 do CPP. Imperioso, assim, o acolhimento da suscitada nulidade.

3. Além de não estar descrito na denúncia e não haver o aditamento, o vínculo associativo foi presumido pelas instâncias ordinárias ao prolatar a condenação, não se podendo desconsiderar que, "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" (HC n. 430.593/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe 14/9/2018).

4. Quanto à desclassificação da conduta para a infração do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, verifico que incide o óbice constante na Súmula n. 207/STJ, pois esse pedido foi acolhido em parte no voto vencido. Assim, era imprescindível a interposição de embargos infringentes, conforme preceitua o art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a fim de esgotar a análise do tema perante a instância antecedente, o que não ocorreu.

5. Em relação a LURDINEI, a reincidência constitui óbice absoluto à aplicação da minorante do tráfico dito privilegiado, ex vi da literalidade do § 4º da Lei n. 11.343/2006, que disciplina a referida redutora.

6. Pertinente a MARKELISON, afastada a condenação pela associação para o tráfico de drogas, e sendo esta a única fundamentação para o afastamento da minorante, de rigor sua aplicação, mormente considerada a primariedade do agente e a ausência de indícios de pertencimento a organização criminosa ou de dedicação ao comércio espúrio de entorpecentes.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp n. 1.633.361/AM, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 3/12/2024, DJEN de 9/12/2024.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ESTABILIDADE E DE PERMANÊNCIA NO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. 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 vínculo subjetivo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

3. In casu, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a Corte de origem não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre o paciente, o menor apreendido e a facção criminosa local. Na falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes no cometimento do delito de associação para o tráfico, a absolvição do paciente é medida que se impõe.

4. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

5. Caso em que o réu foi absolvido pela prática do delito de associação para o tráfico, não sendo a quantidade dos entorpecentes apreendida suficiente para inferir, por si só, a sua dedicação ao tráfico de entorpecentes. Aplicação da causa de diminuição no patamar máximo.

6. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, quando desfavoráveis as circunstâncias judiciais (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

7. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da quantia e da espécie das substâncias apreendidas (art. 44, III, do CP).

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, resultando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, no regime inicial semiaberto.

(HC n. 516.811/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe de 29/10/2019.)

No tocante à dosimetria da pena do delito de tráfico, também, assiste razão à defesa.

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**.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Da leitura dos excertos, verifica-se que a instância ordinária, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerou a quantidade e variedade das drogas apreendidas — **40 porções de cocaína (12,3 g), 37 porções de maconha (89,2 g) e 2 porções de crack (0,2 g)** — para exasperar a pena-base do delito de tráfico de drogas em 1/5 acima do mínimo legal, fixando-a em 6 anos de reclusão.

Todavia, embora o Tribunal de origem tenha se valido dos parâmetros descritos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 para o incremento da sanção penal, no caso, sendo **pequena** a quantidade de drogas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no aumento.

Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E DA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. DECOTE DA SEGUNDA VETORIAL. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE QUE NÃO EXTRAPOLA A NECESSÁRIA PARA TIPIFICAR O DELITO. PRECEDENTES. SANÇÕES REDIMENSIONADAS E MANTIDAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- A legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

- Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

- A pena-base foi exasperada em 2 anos, devido ao desvalor conferido às circunstâncias do delito - em virtude de a mercancia ilícita ser praticada pelo paciente

na principal praça da cidade, onde há a circulação de muitas crianças e adolescentes (e-STJ, fl. 21) -, fundamentação idônea para tal fim, e devido à quantidade e natureza do entorpecente apreendido - 12 pedras de crack (e-STJ, fl. 22) -;

Todavia, embora a quantidade e natureza das drogas sejam fundamentos suficientes para exasperar a basilar, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006, constato que o montante reportado não demonstra maior censurabilidade àquele necessário à própria tipificação do delito, de modo que a exasperação operada a esse título, deve ser decotada. Precedentes.

- Dosimetria da pena refeita da seguinte forma: Na primeira fase, mantido o desvalor apenas da circunstância judicial relativa às circunstâncias do delito, exaspero as sanções em 1/6, fixando-as em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias atenuantes e presente a agravante da reincidência, aplico a fração de 1/6, ficando as penas estabelecidas em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 680 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena (a reincidência é óbice legal à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da LAD), as reprimendas do paciente ficam definitivamente estabilizadas em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 500 dias-multa (para não incorrer em reformatio in pejus).

- Desse modo, ficam mantidas as reprimendas do paciente, nos termos da decisão recorrida.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 713.895/ES, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17.05.2022, DJe de 20.05.2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. AUMENTO DA REPRIMENDA MANIFESTAMENTE DESPROPORCIONAL. REGIME. SÚMULA N. 269 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a quantidade de drogas apreendidas constitua, de fato, circunstância preponderante a ser sopesada na dosimetria da pena, a quantidade de substâncias apreendidas em poder da agravada foi muito pequena, de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado, apenas tal circunstância para justificar a exasperação da pena-base.

2. Ainda que natureza e quantidade sejam, ontologicamente, coisas distintas, e que haja, de fato, algumas substâncias mais lesivas do que outras, trata-se de duas características intrinsecamente ligadas ao mesmo objeto: as substâncias entorpecentes apreendidas em cada caso. Por isso, dissociar as circunstâncias e tratá-las como se fossem entidades completamente autônomas e independentes implica uma afronta, ao menos indireta, ao princípio do ne bis in idem.

3. Realizada a nova dosimetria e diminuída a reprimenda para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, correto também o ajuste feito no regime de cumprimento de pena, com a fixação do modo inicial semiaberto, a teor do enunciado na Súmula n. 269 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 883.599/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 29.04.2024, DJe de 02.05.2024.)

Merece acolhimento, também, o pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado.

Conforme se verifica, o Tribunal *a quo* deixou de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, notadamente, em razão da condenação pelo delito de associação.

Portanto, atendidos todos os requisitos do referido dispositivo legal, ou seja, certificada a primariedade e os bons antecedentes da paciente e sobrevivendo a absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, levando-se em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida **40 porções de cocaína (12,3 g), 37 porções de maconha (89,2 g) e 2 porções de crack (0,2 g).**

A propósito, cito os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. FALTA DE PLURALIDADE DE AGENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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 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 da qual seria integrante. 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. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

5. In casu, a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 288,75g de cocaína; 1.693,79g de maconha e 23,04g de 'crack' - para fixar a pena-base do delito de tráfico em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 7 anos 5 meses e 23 dias-multa de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, quantia e variedade dos entorpecentes, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. 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 7 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão mais pagamento de 647 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

(HC n. 430.593/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 14/9/2018.)

Passo ao redimensionamento da pena do delito de tráfico de drogas.

Fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes, as penas permanecem inalteradas. Na etapa final, fixada a causa de diminuição do § 4º art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3, torno a pena do paciente definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão mais o pagamento de 166 dias-multa**, mantido o valor unitário do dia-multa.

O regime prisional, também, merece alteração.

Estabelecida a pena definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, diante da primariedade do réu e da análise favorável das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Confira:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. INSUFICIÊNCIA PARA REDUÇÃO EM MENOR PATAMAR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS SOBRE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O tráfico privilegiado admite a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3, quando presentes os requisitos legais e ausentes circunstâncias que desabonem a conduta do agente.
2. Embora a quantidade de droga apreendida não seja inexpressiva, também não se mostra relevante a ponto de justificar, por si só, a modulação da fração de redução em patamar inferior ao máximo previsto em lei.
3. Fixada a pena definitiva em patamar inferior a 4 anos, admite-se o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, c, e 44 do Código Penal.
4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 989.289/SP, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 18/6/2025, DJEN de 26/6/2025.)

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo

Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. PROVAS NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTAVA COMERCIALIZANDO ENTORPECENTES. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APENAS COM BASE NA EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POSTERIORES AOS FATOS EM EXAME. ILEGALIDADE CONFIGURADA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO MÁXIMA, REGIME ABERTO, SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação. No caso, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório - paciente flagrado vendendo entorpecentes a um usuário, conforme uníssona prova testemunhal em juízo e depoimento do usuário na fase policial -, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Desconstituir tais assertivas demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. 3. A condenação transitada em julgado, mas por fato posterior àquele que está em apuração na ação penal, não indica dedicação à atividade criminosa impeditiva da incidência da minorante, porque no momento da sua prática essa dedicação não existia, surgindo apenas posteriormente (AgRg no AREsp n. 2.424.111/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024). 4. No caso, a quantidade das drogas apreendidas - 2,16g de cocaína e 36,18g de maconha - não é expressiva, razão pela qual a causa de diminuição comporta aplicação na fração máxima de 2/3. Precedentes. 5. Reconhecido o privilégio, fica afastado o caráter hediondo do delito, pois a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo. Em virtude do redimensionamento da pena privativa de liberdade para patamar que não supera 4 anos, além da primariedade do paciente e o fato de que todas as circunstâncias subjetivas e objetivas lhe são favoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal. Além disso, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual também é possível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, aplicar o redutor previsto no § 4º do mesmo artigo e reduzir as suas penas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixar o regime inicial aberto, substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, e afastar o caráter hediondo do delito. (HC n. 882.340/SC, relatora Ministra Daniela Teixeira, relator para acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024, DJEN de 11/12/2024.)

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo regimental no *habeas corpus* para **conceder a ordem**, de ofício, a fim de absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no índice de 2/3, redimensionando a pena definitiva para 1 ano e 8 meses de reclusão e **166 dias-multa**, bem como para estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução. Concedo, ainda, a ordem, de ofício, para, nos termos do art. 580 do CPP, estender os efeitos desta decisão ao corréu **GABRIEL CARVALHO CORREA**, a fim de absolvê-lo pelo delito de associação para o tráfico.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 26 de junho de 2026.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator