

HABEAS CORPUS Nº 473.140 - SP (2018/0264220-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : **CICERO SALUM DO AMARAL LINCOLN E OUTRO**
ADVOGADOS : **JOSE MAURICIO CAMARGO - SP292417**
 : **CÍCERO SALUM DO AMARAL LINCOLN - SP319219**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DOUGLAS RODRIGUES MARTINS (PRESO)**

DECISÃO



Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DOUGLAS RODRIGUES MARTINS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0000181-78.2016.8.26.0571.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado; e como incurso no art. 35, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06 (associação para o tráfico), à pena de 8 anos de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso para absolver o ora paciente quanto ao crime de associação para o tráfico e reduzir a pena imposta para o crime de tráfico de drogas para 7 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado. Eis a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO COM ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA E ADOLESCENTES (FILHAS DO RÉU VALDEMIR) – PRELIMINARES DE NULIDADE, ABSOLVIÇÃO DIANTE DA FRAGILIDADE DAS PROVAS OU REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS IMPOSTAS – IMPOSSIBILIDADE – PRELIMINARES REJEITADAS – ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – O ÔNUS DE COMPROVAR AS TESES DEFENSIVAS É DO RÉU – AUTORIA E MATERIALIDADE BEM DEMONSTRADAS QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E DEPOIMENTOS SEGUROS DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETUARAM AS PRISÕES EM FLAGRANTE – DENÚNCIA ANÔNIMA COMPROVADA – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, A ABSOLVIÇÃO É DE RIGOR – AS PENAS QUANTO AO TRÁFICO COMPORTAM REDUÇÃO, POIS FIXADAS COM EXCESSIVO RIGOR – PERDA DO VEÍCULO BEM DECRETADA, O QUE IMPOSSIBILITA A RESTITUIÇÃO DESSE BEM A TERCEIRO – REGIME FECHADO JUSTIFICADO – PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS, PARA ABSOLVER OS RÉUS DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO E REDUZIR AS PENAS APLICADAS, MANTENDO-SE NO MAIS A R. SENTENÇA. (fl. 24)

No presente *mandamus*, sustentam os impetrantes haver *bis in idem* na

utilização da quantidade e da natureza da droga apreendida na majoração da pena-base e como justificativa para afastar a aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para *"determinar a Corte Paulista que refaça a individualização da pena, observada a orientação Plenária do Supremo Tribunal Federal, cabendo, ainda, à referida Corte, o exame dos requisitos para a imposição de regime prisional mais brando e para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos"* (fl. 22).

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUALIDADE E QUANTIDADE DA DROGA.

- O TJSP, na terceira fase, embora tenha mencionado a natureza e diversidade da droga, afastou o redutor do tráfico privilegiado, porque o paciente não é primário e se dedica a atividades criminosas.

Pelo não conhecimento. (fl. 360)

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, policiais militares surpreenderam o paciente, juntamente com o corréu, na posse de um total de 968g de cocaína. O Juízo de primeiro grau o condenou por tráfico de drogas (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35). O Tribunal *a quo*, por sua vez, absolveu-o da acusação de associação para o tráfico e reduziu a pena quanto ao crime de tráfico de drogas. Confirmam-se, aliás, os seguintes trechos do acórdão impugnado:

[...]

Quanto ao crime de associação, devem os réus ser

absolvidos.

Os pleitos subsidiários, quanto ao crime de tráfico, merecem parcial acolhimento.

As penas foram fixadas com excessivo rigor e comportam pequeno ajuste.

Para ambos, na primeira fase, houve elevação da pena diante da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido (968 gramas de cocaína).

Para VLADIMIR, o aumento deve ser de 1/5 (um quinto), o que resulta em 06 (seis) anos de reclusão, mais o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

DOUGLAS deve receber pena mais rigorosa porque também ostenta maus antecedentes, condenação definitiva por roubo (fls. 328). O acréscimo deve ser de 1/3 (um terço) o que resulta na pena de 06 (seis) anos, 08 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase, não houve alteração, pois ausentes atenuantes ou agravantes.

Na terceira, foi bem afastada a atenuante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, dada a quantidade de drogas e material apreendido na residência de VLADIMIR, o que demonstra a dedicação e o profissionalismo na atividade espúria.

Foram apreendidas, além das drogas, balança de precisão, tesoura, rolos de fita adesiva e sacos plásticos, o que afasta a hipótese de “pequeno traficante” ou “traficante de primeira viagem”, nas palavras de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

A dedicação dos envolvidos à atividade criminosa é óbice intransponível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

DOUGLAS, como se viu ostenta condenação anterior (certidão de fls. 328) o que por si só afasta o benefício.

Por fim, para ambos, incidiu a causa de aumento decorrente do envolvimento de uma criança e uma adolescente no nefasto comércio ilícito de entorpecentes.

O fato de as duas menores serem filhas de VALDEMIR não beneficia DOUGLAS, pois como se viu eram usadas para disfarçar a entrega de drogas destinada a este.

A participação dos adolescentes no tráfico faz incidir a causa de aumento prevista no inciso VI, do artigo 40, da Lei nº 11.343/2006, que deve ser de 1/6 (um sexto).

Pena final para VLADIMIR: 07 (sete) anos de reclusão, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

Pena final para DOUGLAS: 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal.

Diante do quantum de pena aplicado, da natureza

assemelhada aos hediondos e das circunstâncias concretas da empreitada criminosa, outro não poderia ser o regime prisional senão o fechado, como constou do édito condenatório.

A ação de disseminar o vício expõe toda a sociedade a perigo iminente, pois este é móvel encorajador de celerados para o cometimento de outros crimes gravíssimos, infrações que geram inequívoca comoção social.

Ademais, o dinheiro advindo do tráfico é combustível para patrocinar interesses de diversos outros grupos criminosos e no caso a prática ilícita era desenvolvida com a participação de uma criança e uma adolescente, filhas do corréu VALDEMIR.

Portanto, a periculosidade da conduta, que na espécie não é presumida, constitui motivação idônea e mais que suficiente para a fixação do regime mais drástico.

O tráfico combatido com mão frouxa incute sentimento de descrédito no Poder Judiciário.

Por tal motivo, nos dias atuais, a obstinação e a audácia de delinquentes disseminadores do vício no seio da sociedade merece repressão severa. (fls. 33/36)

Os impetrantes sustentam a existência de *bis in idem* sob o argumento de que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da quantidade de entorpecente apreendido, elemento que também teria sido considerado no aumento da pena-base.

Razão não lhe assiste.

A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade de droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial

desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados:

[...] o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e fundamentem o não reconhecimento do tráfico privilegiado [...] (HC 342.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).

[...] Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado. [...] (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015).

[...] Não há bis in idem se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, deixou de ser aplicada por integrar o Condenado organização criminosa. Em tais situações, não ocorre a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos HHCC n.os 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI e reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES - repercussão geral) [...]. (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

Arrematando, cabe ressaltar que dentre os fundamentos indicados pela

Corte estadual que a levaram à conclusão de que o ora paciente se dedica às atividades criminosas, foi o fato de ele ostentar maus antecedentes, circunstância que por si só impediria a concessão da benesse.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8. VALORAÇÃO NEGATIVA DE APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do paciente, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção, pelo Código Penal, do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. 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 integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

6. Reconhecidos os maus antecedentes do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais.

7. Estabelecida a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão e sendo desfavorável apenas uma circunstância judicial (maus antecedentes), excepcionalmente, impõe-se a readequação do regime prisional para o semiaberto, dada a quantidade não expressiva dos entorpecentes apreendidos. Precedentes.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva (HC 462.899/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 5/11/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. PLEITO QUANTO AO REGIME ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS PREJUDICADO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Não há ilegalidade na fundamentação apresentada pelo Tribunal a quo para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada pelos antecedentes criminais, bem como pela quantidade e variedade de drogas apreendidas, o que justifica o afastamento da benesse em questão, de acordo com a jurisprudência da egrégia Quinta Turma desta Corte Superior. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 478.001/SP, de Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

Quanto ao regime prisional, a quantidade e a natureza da droga apreendida – **quase 1 kg de cocaína** – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 335.780/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

Por fim, incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito em razão da manutenção da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I do Código Penal.

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 03 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator