

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 523.902 - SP (2019/0220639-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABRIELA GALETTI PIMENTA - SP310845
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISMAR SAMPAIO BARRETO (PRESO)
PACIENTE : KAIQUE MARTINS (PRESO)
PACIENTE : JEFFERSON DE LIMA SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ELISMAR SAMPAIO BARRETO, KAIQUE MARTINS e JEFFERSON DE LIMA SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu e negou provimento aos apelos defensivos, por acórdão assim relatado (fls. 134-135):

[...] Ao relatório da respeitável sentença, que ora se adota, acrescenta-se que: Jefferson de Lima Santos, Kaique Martins e Elismar Sampaio Barreto foram absolvidos, com fulcro 386, inciso VII do Código de Processo Penal, da imputação de terem infringido o artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/06; Jefferson e Kaique foram absolvidos, com fulcro 386, inciso VII do Código de Processo Penal, da imputação de terem infringido o artigo 180, caput, do Código Penal; Elismar e Kaique foram absolvidos, com fulcro 386, inciso VII do Código de Processo Penal, da imputação de terem infringido o artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03. Ainda, acrescenta-se que:

A) Jefferson foi condenado, por incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no mínimo legal, por incurso no artigo 330 do Código Penal, ao cumprimento da pena de 17 (dezessete) dias de detenção, mais o pagamento de 11 (onze) dias- multa, no mínimo legal, e por incurso no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, ao cumprimento da pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo legal, estabelecido o regime prisional inicial fechado;

B) Kaique foi condenado, por incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no mínimo legal, e por incursono artigo 330 do Código Penal, ao cumprimento da pena de 17 (dezessete)dias de detenção, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo legal, estabelecido o regime prisional inicial fechado;

C) Elismar foi condenado, por incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de

Superior Tribunal de Justiça

reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal, por incurso no artigo 330 do Código Penal, ao cumprimento da pena de 15 (quinze) dias de detenção, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, e por incurso no artigo 180, caput, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias- multa, no mínimo legal, estabelecido o regime prisional inicial fechado (fls. 524/542), condenação dos acusados nos termos da denúncia, vale dizer, todos como incursos no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, ainda, os réus Jefferson e Kaique também como incursos no artigo 180, caput, do Código Penal, e os réus Elismar e Kaique também como incursos no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei de Armas. Quanto à dosimetria, postula a exasperação da pena-base, pelas conseqüências do crime, em face da natureza das drogas traficadas (fls. 547/580).

Apelam Jefferson e Kaique. Pugnam pela absolvição, sob a tese de fragilidade probatória. Subsidiariamente, postulam a desclassificação da conduta prevista no artigo 16 para a prevista no artigo 14, ambos da Lei de Armas; recorrem pelo afastamento dos maus antecedentes, arguindo que na folha de antecedentes não há notícia de trânsito em julgados das condenações constantes; requerem o reconhecimento do tráfico privilegiado, com aplicação da fração redutora máxima; pedem o abrandamento do regime prisional, acenando para a detração pena, e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 598/609).

Apela Elismar. Pugna pela absolvição, sob a tese de fragilidade probatória. Subsidiariamente, postula a desclassificação da conduta de receptação para a modalidade culposa; ainda, requer a fixação da pena-base no mínimo legal; pede o reconhecimento do tráfico privilegiado, abrandamento do regime prisional substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 649/659). Os recursos forma devidamente contrariados (fls. 590/595; 660/665), contando os autos com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo provimento do apelo ministerial e desprovimento dos apelos defensivos (fls. 732/759).

É o relatório.

Os pacientes KAIQUE MARTINS e JEFFERSON DE LIMA SANTOS foram condenados à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão no regime inicial fechado e 583 dias-multa pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; à pena de 3 anos de reclusão no regime inicial semiaberto e 10 dias-multa pelo crime descrito no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03; e à pena de 15 dias de detenção no regime inicial aberto pela prática descrita no art. 330 do Código Penal. Já o paciente ELISMAR SAMPAIO BARRETO foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão pela prática descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; à pena de 15 dias de detenção pela prática descrita no art. 330 do Código Penal; e à pena de 1 ano de reclusão pela prática descrita no art. 180, *caput*, do Código Penal em regime inicial

fechado.

A impetrante requer a redução da pena-base, sob a alegação de *bis in idem* pela consideração da quantidade de droga também para obstar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Salienta, ainda, a não incidência da minorante por ausência de fundamento idôneo, pois inexistente a dedicação a atividades criminosas e, por fim, a fixação de regime menos gravoso aos crimes de tráfico e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com a substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento ou denegação.

É o relatório.

DECIDO.

Relativamente à fundamentação da pena-base e da causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, verifica-se do acórdão impugnado (fls. 159/161):

[...] Os maus antecedentes de Jefferson e Kaique devem ser afastados. Há nos autos notícia de que Jefferson responde por homicídios (fls. 48/50; 192/193; 196; 338/339) e Kaique por homicídio e roubo (fls. 53/55; 308; 340/341; 411/414), entretanto, sem notícia de condenação.

De todo modo, para todos os acusados, remanesce a exasperação de 1/6 na primeira fase, em face da grande quantidade de drogas apreendidas, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, que determina a preponderância da natureza e da quantidade de substâncias sobre os critérios previstos no artigo 59, do Código Penal.

[...]

Inaplicável o disposto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

A grande quantidade de drogas traficadas soma-se à sua diversidade (353 porções de cocaína; 350 porções de maconha; 60 frascos de lança-perfume), o que se sintetiza à observação de que o trio criminoso já era conhecido dos meios policiais e que nenhum dos acusados fez prova do desempenho de atividade lícita, não se olvidando de que a droga era por eles transportada em veículo roubado, sendo que um dos agentes se encontrava armado, tudo a perfazer a conclusão de dedicação à atividade criminosa, circunstância impeditiva do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

E nem se argumente por *bis in idem* em relação à quantidade da droga observada na exasperação da base, porquanto, nesta terceira etapa, tal circunstância não é tomada como critério próprio para obstar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mas, sim, como elemento de convicção que se sintetiza a outros extraídos dos autos e sustentam, afirmativamente, o entendimento de dedicação à atividade criminosa, este, sim, por lei, critério próprio impeditivo do privilégio.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Especialmente quanto aos corréus Jefferson e Kaique, as circunstâncias acima destacadas são, ainda, acrescidas da observação de que respondem por outros crimes, embora sem notícia de condenação, como já anotado, o que reforça a conclusão de dedicação à atividade criminosa. Confira-se o posicionamento da Corte Superior. [...]

Na espécie, como visto, a pena-base dos pacientes foi exasperada em razão da diversidade e quantidade de drogas apreendidas, 404 gramas de cocaína, 3.374 gramas de maconha e 60 frascos de lança-perfume (fl. 143).

Quanto à minorante foram valorados elementos concretos, além da quantidade de droga apreendida, para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, consubstanciados no fato de que *o trio criminoso já era conhecido dos meios policiais e que nenhum dos acusados fez prova do desempenho de atividade lícita, não se olvidando de que a droga era por eles transportada em veículo roubado, sendo que um dos agentes se encontrava armado, tudo a perfazer a conclusão de dedicação à atividade criminosa*. Sendo ressaltado que Jefferson e Kaique respondem por outros crimes, homicídios e roubos, concluindo a instância *a quo* que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas.

Esta Corte Superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação à atividades criminosas, é preciso aliar outros elementos concretos ao fundamento de quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes, conforme se verifica no caso dos autos, sob pena de configuração de indevido *bis in idem*. Cito, a propósito, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. **DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS**. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A elevada quantidade de drogas apreendidas constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. **Embora as instâncias ordinárias hajam feito breve menção à quantidade de drogas apreendidas também na terceira fase da dosimetria, certo é que destacaram outros elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciaram a dedicação da agravante a atividades delituosas e o seu envolvimento com organização criminosa, motivo pelo qual, ao contrário do alegado pela defesa, não há falar em bis in idem no ponto em que foi negada a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.**

3. Não obstante a recorrente haja sido condenada a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto -

notadamente, a quantidade de drogas apreendidas, o que ensejou, inclusive, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, e a existência de elementos que demonstram a sua dedicação a atividades delituosas -, evidenciam que o regime inicial mais gravoso é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com atenção também ao previsto no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Uma vez que a reprimenda ficou estabelecida em patamar acima de 4 anos de reclusão, não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 355.260/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. **RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA ALIADAS A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS.** BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. **Concluído pela instância antecedente, com fulcro na expressiva quantidade e na natureza do entorpecente encontrado (29 porções de crack mais outra porção grande da mesma substância de 79g), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.** Precedentes.

4. **Não há bis in idem quando, embora tenham sido valoradas a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si só, evidenciam a dedicação da paciente a atividades criminosas.** Precedentes.

5. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão e sendo desfavoráveis as

Superior Tribunal de Justiça

circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para a reprovação do delito, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 411.157/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017).

No tocante ao regime prisional, respectivamente, relacionados aos crimes de tráfico e porte ilegal de arma de fogo, há a seguinte fundamentação no acórdão (fls. 162/163):

[...]. Ainda, inadequado e incabível o abrandamento do regime fechado: a conduta apenada é a de manter em depósito 404g de cocaína, 3374g de maconha e 60 frascos de lança perfume. Veja-se que a conduta do acusado extrapolou em muito a repressão natural do tipo penal referente ao tráfico de drogas, que por vezes se evidencia em comercialização de quantidade infinitamente menor que aquela apreendida.

Além disso, tem-se que eram traficados três tipos de entorpecentes, e tal variedade evidentemente demonstra o maior alcance da conduta, na medida em que o réu visava atingir ampla gama de usuários, de diversos tipos de drogas, demonstrando, também nesse contexto, a grande extensão da ofensa ao bem jurídico protegido.

Destarte, as circunstâncias concretas do caso em comento demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando que o fechado até para que não se provoque afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade.

E não se olvida que a traficância era operada por três indivíduos, o que potencializa a dinâmica do tráfico, ampliando, por consectário, o alcance da conduta delitiva pela possibilidade de atendimento de maior número de usuários, também dificultando a atividade policial. [...]

[...]

As circunstâncias concretas do crime, praticado em cenário de tráfico de drogas, delito gravíssimo, desautorizam o abrandamento do regime prisional, estabelecido no semiaberto, e evidenciam a insuficiência da substituição da pena corporal por restritiva de direitos. [...]

Deve ser mantido o regime fechado e o semiaberto, pois a instância ordinária fundamentou, para a imposição do regime mais gravoso, nas circunstâncias do caso concreto, especificamente na quantidade de drogas apreendidas e dedicação à atividade criminosa, o que constitui fundamento idôneo ao estabelecimento do modo mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. 3 KG DE COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

[...]

6. Adequada a fixação do regime inicial fechado - não em decorrência da Lei n. 11.464/2007 -, porém por argumento diverso, qual seja, em razão da grande quantidade e qualidade do entorpecente traficado pela ré, a saber, 3 Kg de cocaína.

7. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a ré, conforme observado na decisum condenatório, não preenche os requisitos (pena privativa de liberdade de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão) previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

8. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1341940/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

Por fim, mantidas as penas e consideradas as circunstâncias dos crimes praticados, impossível o pedido de substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I e III, do CP.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator