

**HABEAS CORPUS Nº 303.231 - SP (2014/0223238-9)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE - DEFENSOR PÚBLICO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : LEIDAILSON BATISTA BARRETO (PRESO)**  
**PACIENTE : GERSON FERREIRA DE SOUZA (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LEIDAILSON BATISTA BARRETO e GERSON FERREIRA DE SOUZA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que os réus foram condenados pela prática, em concurso material, dos delitos inscritos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico e posse de instrumento destinado à preparação de drogas); nos arts. 12, *caput*, e 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003 (posse de arma de fogo de uso permitido e posse de artefato explosivo) e no art. 333, *caput*, do Código Penal (corrupção ativa).

Para Ledailson Batista Barreto foi imputada a pena de 24 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado; 1 ano de detenção em regime aberto, mais 3.330 dias-multa. Para Gerson Ferreira de Souza foi determinada a pena de 27 anos em regime inicial fechado; 1 ano e 6 meses de detenção em regime aberto, mais 3.345 dias-multa.

Segundo os fatos apurados, os pacientes traziam consigo e mantinham em depósito aproximadamente **8,200kg (oito quilogramas e duzentos gramas) de cocaína** e **12,250kg (doze quilogramas e duzentos e cinquenta gramas) de maconha**. Além disso, possuíam e guardavam 5 balanças de precisão, 9 bacias plásticas, 6 peneiras, 830 frascos com tampas e aproximadamente 29.000 pinos plásticos vazios para o armazenamento de drogas, uma espingarda calibre 12, uma granada lacrimogênea tríplice e oferecerem a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) aos policiais militares com o objetivo de que não os prendessem em flagrante delito (e-STJ fls. 30/32).

Acusação e defesa apelaram. O Tribunal de origem deu parcial provimento aos recursos para absovê-los dos delitos tipificados nos arts. 33, § 1º, e 34 da

Lei de Drogas, condená-los por associação para o tráfico e exasperar a pena-base de Gerson em razão dos maus antecedentes.

A pena de Ledailson foi redimensionada para 1 ano de detenção, em regime aberto, mais 15 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 1.480 dias-multa. A sanção de Gerson foi estabelecida em 1 ano de detenção em regime aberto e 16 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 1.605 dias-multa.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 30/31):

*PROCESSO PENAL. Nulidade. Violação à regra da identidade física do juiz. Artigo 399, § 2º, do CPP. Inocorrência. Promoção do Juiz de Direito que presidiu a instrução. Exceção à regra da identidade física. Sentença proferida por Magistrada que, regularmente designada, assumiu a Vara. Vício não configurado. Preliminar rejeitada.*

*TRÁFICO. Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante. Réus surpreendidos enterrando drogas. Depoimentos seguros e coerentes de policiais militares. Validade. Ausência de outros elementos de convicção a contrariá-los. Negativa isolada dos réus, que não encontra respaldo no conjunto probatório. Apreensão de 8,267kg de cocaína e de 12,25kg de maconha. Suficiência para a procedência da ação penal. Condenação mantida. Pena. Apelo ministerial. Majoração da reprimenda por conta da quantidade dos entorpecentes apreendidos. Não cabimento. Reprimenda proporcional à gravidade da conduta. Maus antecedentes do corréu. Elevação da reprimenda em mais 1/6. Art. 40, inciso IV da Lei de Drogas. Afastamento mantido. Armas, mantidas em depósito, não empregadas para ameaçar ou praticar violência. Causa de diminuição prevista no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Não cabimento. Réus associados para a prática do tráfico. Dosimetria alterada. Apelo ministerial parcialmente provido.*

*TRAFICO. Art. 33, §1º, inciso I, e art. 34 da Lei nº 11.343/06. Condutas de ter em depósito e de trazer consigo produto químico destinado à preparação de entorpecentes (bicarbonato de sódio) e de guardar e possuir aparelhos e objetos próprios ao preparo, fabricação, produção e transformação de drogas (líqüidificadores, peneiras, balanças de precisão e invólucros comumente empregados no acondicionamento de drogas). Concurso com o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Inadmissibilidade. Guarda dos objetos para fabricação e de produto químico. Meio necessário para a preparação de entorpecentes. Condutas abrangidas pelos verbos "preparar" e "fabricar", previstos no caput, do art. 33, da Lei de Drogas. Lex primaria derogat legi subsidiariae. Princípio da subsidiariedade. Condenação por ofensa ao art. 33, caput, da Lei de Drogas. Apelo ministerial parcialmente provido.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*ASSOCIAÇÃO PARA O TRAFICO. Art. 35 da Lei nº 11.343/06. Materialidade e autoria demonstradas. Evidências dos fatos. Provas dos autos que demonstram não só a dedicação a atividades ilícitas, mas a própria associação. Residência dos réus construída no mesmo terreno em que os entorpecentes foram enterrados. Prova oral. Suficientes indícios da participação no delito. Negativa isolada dos acusados. Condenação. Apelo ministerial provido para esse fim*  
*POSSE ILEGAL DE EXPLOSIVO. Art. 16, inciso III, da Lei n. 10.826/03. Apreensão de granada no interior de tambor enterrado no terreno da casa dos acusados. Autoria e materialidade demonstradas. Explosão do artifício acompanhada por perito criminal. Condenação mantida. Apelos defensivos improvidos.*

*POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. Art. 12 da Lei nº 10.826/03. Desclassificação para a conduta de porte. Impossibilidade. Espingarda encontrada escondida em tambor sob a terra. Classificação jurídica adequada. Apelo ministerial improvido.*

*CORRUPÇÃO ATIVA. Configuração. Oferecimento de R\$20.000,00 pelos acusados a fim de evitar prisão em flagrante. Autoria comprovada pelo testemunho policial. Idoneidade dos agentes públicos responsáveis pela prisão. Condenação mantida, penas inalteradas. Apelos defensivos improvidos.*

Neste writ, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo aponta ilegalidade na dosimetria.

Argumenta carecer de fundamentação idônea a exasperação da pena-base do delito de tráfico de drogas, motivo pelo qual busca a nulidade da sentença ou a redução da sanção basilar para o mínimo legal.

Defende a aplicação da minorante do delito de tráfico de drogas, o reconhecimento do concurso formal, a modificação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade.

Diante dessas considerações, "[...] *requer-se a concessão da ordem a fim de que seja fixado regime menos gravoso de cumprimento de pena e de que a pena privativa de liberdade seja substituída por pena restritiva de direitos*" (e-STJ fl. 6).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 53/55).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 402/406).

É o relatório.

**Decido.**

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, assim foi fundamentada a dosimetria da pena na sentença condenatória, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 24/26):

*Tendo em vista as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e art. 42 da lei nº 11.343/06 e, atentando-se principalmente para sua culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito, levando-se em conta, ainda, que em poder dele foi localizada uma enorme quantidade de drogas de diversas espécies (maconha, "crack" e cocaína), uma grande quantidade de produtos para sua fabricação, além de vários utensílios para a sua elaboração, além do fato de serem substâncias com alto teor lesivo à saúde, circunstâncias essas que tornam mais reprovável a sua conduta, já que demonstram o enorme grau de envolvimento do réu com o comércio de entorpecente, revelando sua personalidade perigosa, entendo por bem fixar as penas-base para os crimes previstos na Lei de Entorpecente na metade acima do mínimo legal, ou seja, em sete anos e seis meses de reclusão, além de 750 dias-multa para o crime previsto no art. 33, "caput" da Lei de Entorpecente; sete anos e seis meses de reclusão e mais 750 dias-multa para o crime previstos no § 1º, inciso I do mesmo previsto no art. 34 da mesma lei. Com relação aos demais crimes, tendo em vista que ele não possui antecedentes criminais, bem como, considerando sua culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito, entendo por bem fixar a pena-base mínima aplicada a eles, a saber, um ano de detenção e dez dias multa para o crime do art. 12, da Lei de Armas; três anos de reclusão e dez dias-multa para o crime previsto no art. 16, § único, inciso III da Lei de Armas e dois anos de reclusão e dez dias-multa para o crime de corrupção ativa.*

*Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes para serem reconhecidas.*

*Deixo de reconhecer a causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, porquanto a grande quantidade e qualidade de drogas apreendidas em poder do réu são fortes indicadores de que ele estava se dedicando a esta atividade criminosa e tentando fazer dessa prática criminosa o seu meio de vida, considerando a realidade brasileira, não preenchendo, assim, os requisitos do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.*

*Por fim, levando-se em conta que o acusado cometeu seis crimes diferentes mediante mais de uma ação, reconheço a existência do concurso material de crimes e, nos termos do art. 69 do Código*

# Superior Tribunal de Justiça

*Penal, como todas as penas aplicadas, perfazendo o total de vinte e quatro anos e seis meses de reclusão, além de um ano de detenção e mais 3.330 dias-multa, pena essa que torno definitiva.*

*Agora, fixo a pena de Gerson Ferreira de Souza.*

*Tendo em vista as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e art. 42 da lei nº 11.343/06 e, atentando-se principalmente para sua culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito, levando-se em conta, ainda, que **em poder dele foi localizada uma enorme quantidade de drogas de diversas espécies (maconha, "crack" e cocaína), grande quantidade de produtos para sua fabricação, além de vários utensílios para a sua elaboração, além do fato de serem substâncias com alto teor lesivo à saúde, circunstâncias essas que tornam mais reprovável a sua conduta, já que demonstram o enorme grau de envolvimento do réu com o comércio de entorpecente, revelando sua personalidade perigosa e ainda tendo em vista que ele possui antecedentes criminais, consoante demonstra sua folha de antecedentes juntada no apenso, tendo sido condenado por duas vezes, a evidenciar que teve condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de comportar-se de acordo com esse entendimento, entendo por bem fixar as penas-base para todos os crimes cometidos na metade acima do mínimo legal, ou seja, em sete anos e seis meses de reclusão, além de 750 dias-multa para o crime previsto no art. 33, "caput" da Lei de Entorpecente; sete anos e seis meses de reclusão e mais 750 dias-multa para o crime previsto no § 1º, inciso I do mesmo artigo e quatro anos e seis meses de reclusão e mais 1.800 dias multa, para o crime previsto no art. 34 da mesma lei; além de um e seis meses de detenção e quinze dias-multa para o crime do art. 12, da Lei de Armas; quatro anos e seis meses de reclusão e quinze dias-multa para o crime previsto no art. 16, § único, inciso III da Lei de Armas e três anos de reclusão e quinze dias-multa para o crime de corrupção ativa.***

*Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes para serem reconhecidas.*

*Deixo de reconhecer a causa especial de diminuição da pena, porquanto a grande quantidade e qualidade de drogas apreendidas em poder do réu são fortes indicadores de que ele estava se dedicando a esta atividade criminosa e tentando fazer dessa prática criminosa o seu meio de vida, considerando a realidade brasileira, não preenchendo, assim, os requisitos do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. (Grifei.)*

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto à dosimetria, *in verbis* (e-STJ fls. 39/44):

*4. Merece provimento o apelo do Órgão acusador, no entanto, quando requer a condenação dos acusados pelo delito de associação para o tráfico.*

*[...]*

*Aliás, o julgado não se distanciou muito de tal conclusão ao*

*reconhecer que os réus se dedicavam a atividades criminosas e não mereciam o redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas.*

[...]

***Em decorrência da condenação pelo delito de associação, exclui-se a incidência da causa especial de diminuição prevista pela Lei de Drogas, não havendo que se cogitar de bis in idem, pois não preenchidos os requisitos legais.***

*6. Operados alguns reparos, a reprimenda merece sofrer as adequações necessárias.*

***Pelo delito de tráfico, para LEIDAILSON, a pena-base foi prudentemente fixada em 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa. Não há razão para maior acréscimo, sendo bem valorada a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos.***

***À minguia de outras causas modificadoras do delito, a pena se tornou definitiva em tal montante quanto ao tráfico.***

***Pelos crimes de posse ilegal de arma de fogo e de explosivo e corrupção ativa, as penas foram fixadas no mínimo legal, sem que mereçam alteração.***

*Quanto ao delito de associação para o tráfico, tendo em vista que a reprovação do legislador está voltada ao vínculo associativo criminoso e não à apreensão de drogas, bem como que as penas do tráfico já foram majoradas levando-se em conta a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, rejeitando hipótese de bis in idem, fixo a reprimenda no mínimo legal, tornando-a definitiva em tal patamar.*

*Condeno, assim, LEIDAILSON a 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa, por ofensa ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, reconhecendo a subsidiariedade dos delitos previstos no art. 33, §1º e art. 34, ambos do mesmo estatuto e também o condeno a 3 anos e 700 dias-multa, por infração ao art. 35, caput, da Lei de Drogas.*

*Mantenho a condenação a 1 ano de detenção e 10 dias-multa, por ofensa ao art. 12 da Lei nº 10.826/03, a 3 anos de reclusão e 10 dias-multa por infração ao art. 16, parágrafo único, inciso III da mesma Lei e a 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, por infração ao art. 333 do Código Penal.*

***Observada a regra do art. 69 do CP, condeno o acusado a 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto e a 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.480 (mil quatrocentos e oitenta) dias-multa, no piso.***

***Com relação a GERSON, prospera o apelo ministerial, ao pleitear fixação da pena-base em patamar superior ao do corrêu. Com efeito, além da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, o réu possui Maus antecedentes (fls. 03/04 e 07 do apenso próprio), razão pela qual sua pena será agravada em mais 1/6, chegando ao montante de 8 anos e 9 meses de reclusão, e 875 dias-multa.***

*A minguia de outras causa modificadoras, a pena, por tráfico, torna-se definitiva em tal patamar.*

*Quanto aos demais delitos, fixo as penas tal como expostas ao*

*correu, tornando definitiva sua reprimenda em 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto e 16 (dezesseis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 1.605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, no piso. (Grifei.)*

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

**Aumento da pena-base**

A fixação das penas revela um labor regulado por princípios e regras constitucionais e legais, previstos no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, nos arts. 59 e 68 do Código Penal e no art. 387 do Código de Processo Penal.

Nessa toada, para chegar a uma aplicação justa e equânime da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve ater-se às singularidades do caso concreto para entregar a devida e substancial prestação jurisdicional.

A ponderação das circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006 não se resume a uma simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas. Tal ponderação enseja um verdadeiro processo que impõe ao magistrado apontar, de forma motivada, as balizas para a fixação da pena-base e aplicar a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato delituoso.

BITTENCOURT, ao citar Aníbal Bruno, descreve as circunstâncias judiciais como "condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos" (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 550).

No caso, como visto, a expressiva quantidade do entorpecente apreendido – aproximadamente 8,200kg (oito quilogramas e duzentos gramas) de cocaína e 12,250kg (doze quilogramas e duzentos e cinquenta gramas) de maconha – e os maus antecedentes do réu Gerson representam fundamentos concretos e idôneos capazes de justificar o incremento da pena-base dos pacientes.

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes:

*PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. [...] DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. [...]*

*2. Na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o percentual de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.*

[...] (HC 338.057/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (4,3 KG DE COCAÍNA). PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. [...]*

*1. A estipulação do quantum da pena-base é feita dentro da discricionariedade vinculada de que dispõe o magistrado, cabendo a intervenção desta Corte somente em casos de flagrante ilegalidade.*

[...] (AgRg no AREsp 628.525/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 05/11/2015)

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. [...]*

*2. De acordo com o 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.*

[...] (HC 513.463/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019)

Desse modo, verifica-se que o acórdão recorrido não se afastou da orientação do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual não revela flagrante ilegalidade.

**Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente



poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob esse prisma, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois, como visto acima, a condenação dos pacientes pelo delito do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por si só, constitui fundamento para a não concessão do pretendido redutor. Confirmam-se:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. [...] APLICAÇÃO DA MINORANTE DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL CORRETAMENTE FIXADO. AGRAVO IMPROVIDO.[...]*

*4. A configuração do crime de associação para o tráfico é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que se evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa. Precedentes do STJ.*

[...]

*6. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 525.310/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019, grifei)*

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. [...] APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

*5. A condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao delito. Precedentes.*

*6. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1804071/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020, grifei).*

### **Reconhecimento do concurso formal**

Quanto a esse ponto não houve debate pelas instâncias ordinárias.

Desse modo, inviável a análise da matéria por esta Casa, sob pena de indevida supressão de instância.

**Regime inicial**

Diante da manutenção do *quantum* final das penas de ambos os pacientes, mostra-se de rigor a manutenção do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a" e "b", e § 3º, e 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

**Substituição da pena privativa de liberdade**

Considerando a pena final fixada em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica inviabilizada a pretendida substituição da sanção privativa de liberdade, porque não estão preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **denego a ordem de habeas corpus.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator