

HABEAS CORPUS Nº 466.508 - SP (2018/0220929-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANDREW TOSHIO HAYAMA - SP0295541
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUAN ROSA DE SOUSA (PRESO)
OUTRO NOME : KAUAN ROSA DE SOUZA

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de KAUAN ROSA DE SOUSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000549-24.2016.8.26.0495.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, e no art. 35, c/c art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o narcotráfico), às penas de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 1.749 dias-multa.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao reclamo para diminuir a reprimenda imposta para 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, nos termos do acórdão de fls. 59/72.

No presente *writ*, sustenta a impetrante ilegalidade da dosimetria da pena.

Alega que a quantidade de droga apreendida não justificaria o aumento de pena na primeira fase em 1/3, afirmando ser proporcional a exasperação no mínimo legal.

Destaca que não foi comprovado o fato de o paciente possuir função de gerência no tráfico de drogas, tampouco de que a comercialização dos entorpecentes teria envolvido alunos da escola, pelo que deve ser afastada a agravante empregada da segunda etapa da dosagem, bem como a causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas.

Alega, ainda, fazer o paciente jus à minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, ressalta que, sendo a pena fixada ao mínimo legal, cabível a imposição de regime diverso do fechado.

Pleiteia, em liminar e no mérito, a diminuição da pena imposta e a fixação

do regime semiaberto.

Liminar indeferida conforme decisão de fls. 77/78.

Parecer ministerial de fls. 129/136 pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

O paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.749 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, c/c art. 40, III, e art. 35, todos da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal.

O Tribunal de origem, por sua vez, conforme antes relatado, deu parcial provimento ao apelo defensivo a fim de sanção corporal para 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da sentença. No pertinente, são estes os termos do aresto hostilizado:

"[...]

Com efeito, KAUAN foi surpreendido na posse de considerável quantidade e variedade de entorpecentes, na companhia de mais dois indivíduos, em conhecido ponto de tráfico. Somado a isto, os milicianos foram categóricos em afirmar que o réu já vinha sendo monitorado pela DISE e que durante as diversas campanhas realizadas no local foi possível constatar não só a função de gerência desempenhada por KAUAN, mas também flagrarem o acusado servindo drogas a um suposto usuário.

As investigações sempre consignaram a condição de chefia de KAUAN e sua ascendência sobre terceiros não identificados que conseguiram escapar no dia da ação policial, deixando o réu, na condição de responsável pela droga, o dever de buscar o material, sendo aí preso. E tanto o grupo associou-se de maneira estável que vinha sendo monitorado pelos milicianos há aproximadamente 20 dias.

Não bastasse, as fotografias de fls. 64/71 retratam o acusado freqüentando a mata onde foram apreendidas as drogas, portando entorpecentes e constantemente falando ao celular.

De outra banda, conforme bem salientado pelo ilustre

Magistrado sentenciante, "é de se destacar que não parece crível que os Policiais Civis tenham se embrenhado no mato e achado tanta droga e petrechos de traficância organizada, apenas para imputar o material ao réu. De se estranhar mais ainda que os Homens da Força Pública tivessem 'plantado' o material na mata apenas para prender o requerido. A grande quantidade de drogas e dos petrechos afasta a plausibilidade da premissa. Além da baixíssima, ou melhor, nula probabilidade de o material ter sido lançado pelos próprios policiais que teriam que se dispor a andar com mais de 700g de drogas nas mãos apenas para prender o requerido, também inexistente a possibilidade de o material pertencer a outrem, afinal, qual razão teria o acusado para voltar para tentar recuperar a droga após a ação da polícia dispersar o grupo proprietário que era gerenciado pelo réu" (fls. 251).

O conjunto probatório, portanto, é idôneo e satisfatório para embasar o decreto condenatório, revelando-se desarrazoado cogitar da incidência, na espécie, de qualquer das hipóteses de absolvição previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal, tendo o édito condenatório sido proferido em consonância com os princípios constitucionais penais e processuais penais norteadores do ordenamento pátrio.

Passo, pois, à análise das reprimendas.

Inicialmente, verifica-se que, para exasperar a pena-base, o MM. Juízo a quo utilizou-se de condenação sem notícia de trânsito em julgado (fls. 92), de modo que não se presta a caracterizar maus antecedentes, personalidade criminosa ou má conduta social, sob pena de se violar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, bem como a Súmula nº 444 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, os fatos supostamente reveladores da má conduta social e personalidade deturpada do réu não podem permanecer, haja vista que eventual desemprego e condição de usuário de KAUAN não são argumentos idôneos para aumentar as básicas e tampouco foram suficientemente comprovados nos autos, na medida em que KAUAN e seus familiares afirmaram que o mesmo trabalhava informalmente na padaria do bairro.

Porém, sopesadas as diretrizes do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 e do artigo 59 do Código Penal, notadamente a grande quantidade e variedade de drogas, afeição-se proporcional a exasperação das penas-base na fração de 1/3 (um terço) para cada um dos crimes (eis que não existe motivos para adoção de patamares distintos), totalizando 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, quanto ao tráfico de drogas, e 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, pelo ilícito de associação para o tráfico.

Na segunda fase, presentes a atenuante da menoridade relativa e a agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal (haja vista que demonstrado que KAUAN exercia função de gerência e organização dos demais asseclas na prática do comércio espúrio), foram

referidas circunstâncias compensadas.

Na derradeira etapa dosimétrica, inviável pretender-se do reconhecimento do tráfico privilegiado, na medida em que o recorrente se dedicava às atividades ilícitas, tanto que condenado pela prática do crime de associação para o tráfico.

Em seguida, correto o reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III da Lei de Drogas, eis que restou plenamente demonstrado não só pelos depoimentos dos milicianos (no sentido de que as práticas delitivas ocorriam nas proximidades do Colégio Lantagi), mas também pelo endereço constante nos autos.

[...]

Assim, totalizam as penas 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, para o crime de tráfico; e 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.088 (mil e oitenta e oito) dias-multa, quanto ao delito de associação.

Ao depois, reconhecido o concurso material de infrações, perfazem as reprimendas o total de 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 1.749 (mil setecentos e quarenta e nove) dias-multa, no piso.

Neste ponto, observo que o correto seria a condenação do réu ao pagamento da pecuniária de 1.865 (mil oitocentos e sessenta e cinco) dias-multa. Porém, tratando-se de recurso exclusivo da Defesa, fica este Magistrado adstrito ao montante estipulado em Primeiro Grau, em respeito ao princípio do non reformatio in pejus."

Ao que se depreende da leitura dos trechos acima transcritos, a revisão do julgado a fim de afastar a agravante empregada da segunda etapa da dosagem (assentada no fato de que o ora paciente, conforme consignado pelas instâncias ordinárias exercia função de gerência e organização dos demais asseclas na prática do comércio espúrio), bem como a causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas se mostra inviável a este Superior Tribunal de Justiça. É que a revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 12/3/2015).

Noutro vértice, não merece prosperar o *writ* quanto à insurgência de que se mostra desproporcional o aumento de 1/3 dado na primeira fase da dosimetria em razão da quantidade de droga apreendida.

Segundo estabelece 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.

No caso em testilha, o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a grande quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos – 534,3g (quinhentos e trinta e quatro gramas e três decigramas) de maconha; 137,5g (cento e trinta e sete gramas e cinco decigramas) de cocaína; e 616 (seiscentos e dezesseis) porções de "crack", embaladas em porções individuais (com peso de 80 gramas) – para elevar as penas-base, pelo delito de tráfico e de associação para o tráfico, em 1 ano e 8 meses e 1 ano acima do mínimo legal, respectivamente.

Tendo sido apresentado elementos idôneos para a majoração da reprimenda básica, e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e de associação para o tráfico de entorpecentes (3 a 10 anos), não se mostra desarrazoado o aumento operado pelas instâncias ordinárias, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de habeas corpus, salvo em situações excepcionais.

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a grande quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas – 110g de crack e 24,5g de cocaína – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Habeas corpus denegado (HC 428.350/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 27/4/2018).

Por fim, tampouco se mostra possível acolher a alegação relativa à aplicação do redutor do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

No ponto, o acórdão impugnado justificou o seu afastamento ancorado no fato de que o ora paciente "*se dedicava às atividades ilícitas, tanto que condenado pela prática do crime de associação para o tráfico*".

Referida fundamentação se mostra concreta e idônea na medida em que este Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, como exige para sua configuração os requisitos de estabilidade e de permanência no narcotráfico, por óbvio evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa, o que torna inviável a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS AGENTES. COMPROVAÇÃO SUFICIENTE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DOS FATOS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU CONDENADO TAMBÉM POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.

3. 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.

4. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas – 19 porções de maconha (5kg), 700 porções de maconha (700g), 1 porção de maconha (250g), 145 porções de cocaína (145g) e 1 porção de crack (390g) – para fixar as penas-base, pelos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, respectivamente, em 1 ano e 6 meses e 9 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

5. A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de animus associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação do agente à atividade criminosa. Precedentes.

6. Aplicada a regra do concurso material e somadas as reprimendas impostas para os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, revela-se correto o regime fechado para o cumprimento inicial da pena superior a 8 (oito) anos de reclusão, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 422.709/SP, REL. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que deve ser mantida inalterada a reprimenda-base aplicada ao agravante, a qual, aliás, foi estabelecida em apenas 1 ano acima do mínimo legal em decorrência da apreensão de mais de 70 quilos de cocaína.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal possui o entendimento de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 370.617/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/11/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06), REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto a absolvição do delito de associação para o tráfico, demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em habeas corpus. Ademais, com base nas provas dos autos, sobretudo as circunstâncias do delito, onde restou comprovada a divisão de tarefas entre o paciente e o corréu para a comercialização das drogas, bem como os depoimentos policiais, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico e associação para o tráfico de drogas.

Dessa forma, a associação com o tráfico de drogas inviabiliza a aplicação da causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), não sendo possível a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena por restritiva de direitos. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido (HC 408.878/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 27/9/2017).

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre o delito de tráfico de drogas e o de associação para o tráfico, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "a", do CP.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

