HABEAS CORPUS Nº 492.158 - SP (2019/0034999-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL MANOEL DE SANTANA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de RAFAEL MANOEL DE SANTANA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0003354-44.2018.8.26.0635 .

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, ás penas de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 22-27).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo, em v. acórdão assim ementado:

> *"Art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 Materialidade delitiva e autoria demonstradas. A forma como ocorreu a apreensão impede a desclassificação para a figura do art. 28 da Lei. Prova Palavras de Servidores Públicos Validade Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente. Penas corretamente fixadas.*
>
> *REGIME PRISIONAL O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade - Crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em razão de sua gravidade e pelas consequências nefastas que sua prática tem na sociedade - Art. 33 c.c. art. 59, do CP.*

Recurso não provido" (fl. 42).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no aumento operado na pena-base em razão da natureza nociva e a quantidade de entorpecente apreendido.

Para tanto, sustenta, que *"Os 60g de cocaína não autorizam aumento de pena-base. A quantidade dessa droga é baixa e o porte de droga é elemento ínsito/inerente ao crime do art. 33 da L. 11.343/06*" (fl. 4).

Assevera, ainda, que *"[...] não é a palavra "cocaína" que autoriza maior reprovação. Para a reprovação não se deve separar "natureza" e "quantidade", de tal forma que a baixa quantidade de droga que aqui se tem não autorizaria o aumento da pena-base. Caso contrário, se mantido o entendimento do TJSP, de saída, todo acusado de tráfico (art. 33 da L. 11.343/06) já teria o piso abstratamente previsto no preceito secundário do tipo como majorado conforme a droga veiculada na denúncia*" (fl. 4).

Afirma, também, que *"Dentre 08 (oito) circunstâncias judiciais do art. 59 do CP – que podem favorecer a pessoa acusada, inclusive –, não pode só a "natureza e a "quantidade" – sem especificação concreta – conduzir a um aumento de pena, sob pena de desproporcionalidade no caso concreto"* (fl. 6).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja diminuída a pena-base estabelecida em excesso.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 51-54.

Informações prestadas às fls. 60-61.

O Ministério Público Federal, às fls. 69-70, manifestou-se pelo concessão da ordem, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART.

33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. VIABILIDADE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO POR TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, PARA REDUZIR A PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL" (fl. 69).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Para melhor delimitar a controvérsia, destaco o seguinte excertos do v. acórdão impugnado quanto ao tema:

"Com efeito, na primeira fase, com fundamento nas

circunstâncias do art. 59 do Código Penal, em se considerando ***"a natureza nociva e a quantidade do entorpecente encontrado em seu poder que serviriam à venda, a revelar o elevado e devastador efeito psicotrópico"****, a pena-base foi corretamente fixada em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor mínimo legal"* (fls. 45-46, grifo na origem).

A impetrante questiona o aumento da pena-base na fração de 1/6 (um sexto), em razão da quantidade e da natureza da droga ser **cocaína**.

De acordo o v. acórdão impugnado, a pena-base do paciente foi exasperada em 10 (dez) meses de reclusão, lastreando-se na quantidade e natureza nociva da droga apreendida (cocaína), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, consoante os seguintes fundamentos:

"Quanto à reprimenda, verifico que a pena-base aplicada ao apelante ficou assentada acima do mínimo legal, e assim deve permanecer, porquanto a Juíza sentenciante especificou os motivos pelos quais resolveu exacerbá-la, tudo em obediência aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo e do artigo 42 da Lei de Drogas" (fl. 265).

Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, **in verbis**:

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

No presente caso, as instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a quantidade e natureza

nociva do entorpecente apreendido com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do **writ.**

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"**A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto."*** (AgRg no REsp 143071/AM, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 6/5/2015).

In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

> *"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL.*
>
> *1. **Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas**.*
>
> *2. **Na espécie, a reprimenda de piso acima do mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente justificada e proporcional às especificidades do caso versado.** MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉ INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR.*

Integrando a acusada organização criminosa, na qualidade de transportadora da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso, inexistindo bis in idem. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 585.375/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 27/03/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTIGO 35, C/C O ART. 40, V, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 4 ANOS, 2 MESES E 12 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COM FOCO EM ABASTECIMENTO DE DIVERSOS PONTOS DE TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA INTERESTADUALIDADE. APENAS DOIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO ENVOLVIDOS. FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 RESTABELECIDA. REGIME PRISIONAL. ABRANDAMENTO. PENA INALTERADA. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de associação para o tráfico de drogas, o juiz 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.

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que, considerando a valoração desfavorável das circunstâncias do delito, pois foram apreendidos 750 gramas de crack, o afastamento em apenas 6 meses acima do mínimo legal, correspondente à usual fração de 1/6, mostra-se adequado e proporcional à espécie, uma vez que a pena do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 varia de 3 a 10 anos de reclusão.

- Não há se falar em ofensa ao primado do bis in idem, pois, na primeira fase da dosimetria, o acórdão recorrido, ao ratificar a pena imposta pelo sentenciante, destacando o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consignou que a associação visava ao abastecimento de diversos pontos de droga, os quais abrangiam mais de um Estado da federação. Assim, a referência aos Estados envolvidos operou-se apenas para demonstrar a dimensão da conduta da paciente, quando comparada aos pequenos traficantes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as penas da paciente para 04 anos e 01 mês de reclusão e 933 dias-multa, com extensão do presente decisum ao corréu Claudemar Vrech, mantidos os demais termos da condenação." (HC 364.661/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 25/11/2016).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator