

HABEAS CORPUS Nº 497.597 - SP (2019/0067733-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - RJ162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CAIO MARQUES MENDES (PRESO)

DECISÃO

JOSÉ CAIO MARQUES MENDES alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0002550-22.2017.8.26.0535.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Busca-se, por meio deste *writ*, a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a fixação do regime aberto.

Não houve pedido de liminar e, depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Decido.

I. Pena-base

No que tange à pretendida redução da pena-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o

sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o Juiz sentenciante, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, considerou desfavoráveis ao paciente "a personalidade e comportamento social [...], corroborados pelos registros criminais e os maus antecedentes, condenação anterior, **cuja falta de trânsito em julgado** obsta apenas a consideração da reincidência" (fl. 68).

Veja-se, portanto, que, em nenhum momento, o Magistrado fez menção à existência de condenação anterior transitada em julgado, havendo destacado somente a **existência de condenação ainda sem a certificação do trânsito em julgado para a defesa**, a qual, no entanto, não pode ensejar a exasperação da pena-base, nos termos da **Súmula n. 444** deste Superior Tribunal: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Por ocasião do julgamento da apelação interposta pela defesa, a Corte estadual, **em acréscimo**, salientou que "o acusado possui personalidade voltada à prática de delitos, vez que, quando de sua prisão em flagrante, estava no gozo do benefício do livramento condicional" e, ainda, que "foram apreendidas 38 porções de 'cocaína', com peso líquido aproximado de 21,5 gramas, e 68 porções de 'maconha', com peso líquido aproximado de 75,55 gramas" (fl. 56). Diante de tais considerações, **manteve inalterada** a pena-base aplicada ao paciente.

Conforme visto, o Tribunal de origem, em apelo exclusivo da defesa – e, portanto, **sem recurso da acusação que abordasse especificamente o tema** –, trouxe fundamento novo para concluir pela desfavorabilidade da circunstância judicial relativa à personalidade e, ainda,

considerou desfavorável também a quantidade de drogas apreendidas, de maneira que evidencio, no ponto, a ocorrência de *reformatio in pejus*.

Nesse sentido, menciono o seguinte trecho de julgado desta Corte Superior de Justiça:

[...]

- Nos termos do art. 617 do CPP, não pode o Tribunal, quando do julgamento de recurso exclusivo da defesa, agravar a situação do acusado. Na espécie, a Corte local violou o princípio do *ne reformatio in pejus*, pois tratou como negativa circunstância judicial que foi valorada de forma favorável, pelo sentenciante, na primeira fase da dosimetria. Assim, apesar de o montante da pena final não ter sido alterado, a situação fático-processual do paciente foi agravada, de modo que o constrangimento ilegal encontra-se evidenciado, pois, na análise dos limites que permeiam a vedação da reforma para pior, é necessário verificar item por item do dispositivo da pena, e não apenas o montante final da sanção. Precedentes.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, reconhecendo a *reformatio in pejus* promovida pelo Tribunal de origem ao julgar o apelo defensivo, reduzir as penas para 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC n. 363.137/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 25/4/2017).

Diante de tais considerações, deve a pena-base ser reduzida para o mínimo legal, ou seja, para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

II. A minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao

cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

No caso, o Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou diversos **elementos concretos** dos autos que evidenciam que **as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão** (notadamente o fato de o paciente haver sido preso em flagrante com grande quantidade de substâncias entorpecentes, em local conhecido pelo tráfico de drogas, quando estava no **gozo de livramento condicional**, concedido nos autos de processo anterior em que foi condenado pela prática do **mesmo delito** (fl. 57) – não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a **atividades criminosas**, notadamente ao narcotráfico, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

III. Nova dosimetria

Em razão da modificação efetivada anteriormente, deve ser realizada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, encontra-se presente a atenuante da confissão espontânea, a qual, no entanto, não possui o condão de reduzir a sanção aquém do mínimo abstratamente previsto em lei, nos termos da Súmula n. 231 do STJ. Na terceira etapa, não há nenhuma causa de aumento ou de diminuição, motivo pelo qual fica a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa**.

IV. Regime inicial de cumprimento de pena

A Corte estadual manteve a imposição do regime inicial **fechado**, com base nos seguintes argumentos (fl. 58):

A r. sentença fixou regime inicial fechado, o que não comporta reparos, eis que, para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado.

Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Conforme visto, a Corte de origem considerou devida a fixação do regime inicial mais gravoso, com fundamento, tão somente, **na gravidade abstrata do delito e nos malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo**, sem, no entanto, apontar elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do regime fechado.

Assim, uma vez que o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base fixada no mínimo legal e foi condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, considero devida a imposição do **regime inicial semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente** a ordem, a fim de: a) reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legal e, por conseguinte, tornar a sua reprimenda definitiva em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa; b) fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (Processo n. 0002550-22.2017.8.26.0535).

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intímese.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

