

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.647 - SP (2019/0294295-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : ISABEL CRISTINA DUPIM VIOTTO
ADVOGADO : ISABEL CRISTINA DUPIM VIOTTO - SP153537
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS MARIANO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. 15,63 GRAMAS DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE QUE FUNDAMENTOU A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E O AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. REGIME FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ÍNFIMA QUANTIDADE QUE NÃO JUSTIFICA EXASPERAR A PENA-BASE, AFASTAR O ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E IMPEDIR A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA.

Writ concedido liminarmente e de ofício, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Lucas Mariano** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 1500293-30.2018.8.26.0594, assim ementado (fl. 14):

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico ilícito de entorpecentes - Condenação - Recurso defensivo - Exame recursal limitado às questões devolvidas a esta Corte - Inteligência do art. 599, do Código de Processo Penal - Nulidade da sentença - Inocorrência - Possibilidade do Magistrado divergir das teses apresentadas pelo Ministério Público - Pleito de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Descabimento - Quantidade de droga potencialmente lesiva que impede a aplicação da benesse Primariedade que, por si só, não lhe favorece - Regime fechado mantido - Preliminar rejeitada, recurso desprovido.

Narra a impetração que o Juízo da 1ª Vara Judicial de Agudos/SP condenou o paciente a 5 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, além de 520 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo 15,63 gramas de cocaína.

Mantida a condenação pelo Tribunal de Justiça paulista, vem a defesa apontar constrangimento ilegal pela indevida exasperação da pena-base, pela não aplicação da causa de diminuição da pena, além da fixação do regime inicial fechado.

Superior Tribunal de Justiça

Diz que o magistrado de piso *não só deixou de reconhecer a presença dos requisitos legais enumerados no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como também não sopesou adequadamente a primariedade do paciente e sua confissão espontânea, aplicando indevidamente uma pena superior ao mínimo legal previsto ao delito capitulado e estabelecido regime inicial de cumprimento de pena também mais gravoso do que determina a legislação penal brasileira* (fls. 4/5).

Alega ser o réu *dependente químico [...], portava pequena quantidade de entorpecente (15,63 gramas- cocaína); é inquestionável réu primário e não ostenta quaisquer antecedentes desabonadores de sua conduta, nem mesmo na menoridade; não possuindo envolvimento com organização criminosa, fora condenado e permanece recolhido em regime rigorosamente fechado ao arrepio da lei* (fl. 5).

É o relatório.

O Superior Tribunal de Justiça não tem mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

Não obstante isso, constato a existência de manifesta ilegalidade, restrita a questões de direito, de evidente constatação e passível de ser sanada em sede do *writ*.

Com efeito, ao que se observa dos autos, o paciente foi condenado pela prática do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo, e ter em depósito, **15,63 gramas de cocaína** (fl. 43).

No que tange à fixação da pena-base, o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. A esse respeito: AgRg no AREsp n. 1.140.562/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/5/2018.

Ademais, o *quantum* de aumento decorrente da negativação das circunstâncias *não está estipulado no Código Penal, de forma que, com base em fundamentação concreta, devem ser observados os princípios da proporcionalidade, da*

Superior Tribunal de Justiça

razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena (HC n. 416.254/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/10/2017).

In casu, a pena-base foi exasperada em razão da valoração negativa das circunstâncias do crime, tão somente pela quantidade de droga apreendida, como se observa dos seguintes trechos (fl. 93):

Inicialmente, valoro negativamente a circunstância judicial das circunstâncias do crime, **tendo em vista à gravidade em concreto do delito, considerando que o réu se encontrava com grande quantidade de pinos de cocaína, uma droga que possui elevado nível de gravidade e reprovabilidade, oferecendo grande ameaça a saúde pública.** Considero neutras as demais circunstâncias.

Com relação à fixação do aumento circunstância judiciais negativas das "circunstâncias do crime", filiado à corrente jurisprudencial que entende que as 08 circunstâncias judiciais são referentes ao quantum de pena entre o mínimo e o máximo, devendo cada circunstância negativa aumentar a pena-base em 1/8 desse referido lapso. Sendo o lapso do crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006 de 10 anos, promoveria o aumento de 01 ano e três meses. Desse modo, fixo a pena-base em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa.

O Tribunal de Justiça paulista manteve a exasperação da pena-base com base no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

Como se observa, ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, não se trata de grande, mas, sim, inexpressiva quantidade **que não justifica a exasperação da pena-base, nem mesmo, per si, o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.**

Por conseguinte, tendo sido apresentado fundamento inidôneo para afastar o mencionado redutor, **sobretudo porque, repito, a quantidade de droga não se mostra expressiva**, imperiosa a aplicação da minorante no patamar máximo (2/3).

No mesmo sentido, ressalto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que *a apreensão de pequena quantidade de cocaína, não obstante seja considerada uma das mais nocivas, não justifica, por si só, o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.* (AgInt no HC n. 403.668/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/11/2017 – grifo nosso).

Confira-se, ainda: HC n. 406.150/ES, Ministra Maria Thereza de Assis

Superior Tribunal de Justiça

Moura, Sexta Turma, DJe 31/8/2017.

Em razão disso, passo ao redimensionamento da dosimetria.

Afastada a circunstância judicial valorada negativamente, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa. A despeito da atenuante de confissão do art. 65, III, *d*, do Código Penal, mantenho a reprimenda em 5 anos, em face da Súmula 231/STJ. Não há agravantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, em atenção ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça acima exposto, aplico a causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, eis que o paciente preenche os requisitos legais, na fração máxima de 2/3, resultando a pena-base definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa.

Tendo em vista a inidoneidade apontada para fixar o regime fechado (Lei n. 8.072/1990), além do *quantum* final da pena, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para redimensionar a pena imposta ao paciente para **1 ano e 8 meses** de reclusão, e 166 dias-multa, no valor mínimo legal, estabelecendo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena; e, **de ofício**, substituir a pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator