

HABEAS CORPUS Nº 537.766 - SP (2019/0299419-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ELTHON SIECOLA KERSUL - SP291440
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADINEI CANDIDO DA ROSA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ADINEI CANDIDO DA ROSA contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na Apelação n. 0001139-14.2017.8.26.0544, assim ementado:

"PRELIMINAR – PRISÃO REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS – legitimidade de todos para efetuar a prisão em flagrante – artigo 301 do CPP – situação de flagrante delito – réu surpreendidos no interior de residência onde mantinham os entorpecentes para fim de tráfico de drogas legitimidade da Guarda Civil Municipal para prática de atos de defesa à sociedade – artigo 144, § 8º, da CF poder de polícia conferido aos guardas municipais pela Lei nº 13022/14 legalidade da prisão em flagrante.

MATERIALIDADE – auto de apreensão e laudos toxicológicos que restaram positivos para a presença do elemento ativo – comprovação que os materiais apreendidos são drogas.

AUTORIA – depoimento policial que indica a apreensão de droga e, em especial do dinheiro proveniente da venda de drogas em poder do réu – validade – depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado – inocorrência no caso em tela.

TRÁFICO – destinação a terceiros – indícios tais como quantidade incompatível com a figura de usuário (8 tubetes contendo 4 gramas de cocaína e 20 tubetes contendo 2,4 gramas de crack); a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; o local dos fatos ser conhecido como ponto de venda de drogas; pela delação do menor indicando o réu como a pessoa que lhe repassava os entorpecentes e a quem entregava o dinheiro arrecadado da venda de drogas; a falta de capacidade econômica para o réu possuir as drogas apreendidas para seu uso pessoal; e, apreensão de quantia em dinheiro.

TRÁFICO COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE

– os policiais narraram à participação do adolescente na empreitada criminosa – amplamente comprovado o envolvimento do adolescente com o réu para fins de prática de tráfico de entorpecentes provimento ao recurso ministerial.

CAUSA DE AUMENTO – configurada a majorante do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06 – crime cometido defronte a igreja e próximo a centro esportivo – laudo pericial comprovando o fato – aplicabilidade – provimento ao recurso ministerial.

PENA – primeira fase aumento da base pela diversidade e natureza das drogas – provimento ao recurso ministerial – segunda fase – r. sentença que deixou de reconhecer a agravante da reincidência por considerar bis in idem o aumento em face da não aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – inércia ministerial a respeito – pena mantida tal como fixada na fase anterior em face o aumento da base – aumento da pena pelas causas de aumento previstas no artigo 40, incisos III e VI, da Lei de Drogas – provimento ao recurso ministerial inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 por estar comprovado que o acusado é reincidente específico manutenção.

REGIME – circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu reincidente específico – indicando que regime menos gravoso não atende à finalidade preventiva específica – Beccaria – regime fechado improvimento ao apelo defensivo, com determinação." (fls. 193/194)

A impetrante afirma que a pequena quantidade de drogas – 4 g de cocaína e 2,4 g de crack – não poderia elevar a pena-base. Alega que não poderia incidir a majorante do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que igreja não está inserida no rol desse dispositivo e o fato do crime ter sido praticado a 300 metros de um centro esportivo não presume a facilitação no comércio de drogas. Aduz ainda que deve ser afastada a causa de aumento prevista no art. 40 , inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não houve risco de dano à saúde ou integridade do menor.

Assevera ainda que o aumento de 2/5 em razão das majorantes está carente de fundamentação, devendo, assim, ser aplicado o percentual mínimo.

Requer a concessão da ordem.

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do

Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

São estes os pertinentes fundamentos da sentença de primeiro grau, *litteris*:

"[...]

Assim, e evidenciada a responsabilidade do réu pelo crime de tráfico de entorpecentes que lhe é imputado, passo à dosagem das penas, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal.

O réu é reincidente. Entretanto, fixo a pena no mínimo legal previsto por entender que o não reconhecimento da incidência do benefício previsto no parágrafo quarto já determina aumento significativo na pena, assim como para não gerar odioso “bis in idem”. Desta forma, estabeleço a pena do réu em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, estabelecida a unidade no piso mínimo, penas estas que torno definitivas ante a ausência de modificadoras a considerar.

Por fim, consigno que deixo de diminuir a pena nos termos do disposto no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei nº 11343/06, considerando a sua reincidência, bem como a quantidade de droga apreendida e futura venda no varejo, demonstram que o acusado, efetivamente, fazia parte de organização criminosa estabelecida para o exercício, o progresso e o desenvolvimento de atividade relacionada tráfico de entorpecentes.

Nesse particular, observo que o acusado é reincidente específico (vide Folha de Antecedentes Criminais), o que obsta a concessão do benefício.

Não estão preenchidos os requisitos objetivos do artigo 44 do Código Penal (condenação não superior a quatro anos), pelo que impossível à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O réu iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, sendo este o mais adequado para o cumprimento dos requisitos de prevenção e repressão ao crime cometido, sendo-lhe negado o direito de recorrer desta sentença em liberdade.

Para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, considerarei os ditames da Lei nº 12.736/12.

III Dispositivo. Ante o exposto e pelo mais dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO PENAL para ABSOLVER ADINEI CANDIDO DA ROSA, qualificado nos autos, da imputação de infringência ao artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006 e artigo 244-B, caput da Lei nº 8.069/1990, na forma do artigo 69, do Código Penal, o que faço com fundamento no disposto do

artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mas CONDENA-LO por infração ao disposto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pena esta a ser cumprida em regime inicial fechado, tudo conforme fundamentação acima.

Do acórdão do Tribunal de origem colhem-se os seguintes excertos:

"[...]

Com razão o pleito ministerial no tocante ao reconhecimento das causas de aumento previstas no artigo 40, incisos III e VI, ambas da Lei nº 11.343/06.

A causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, restou configurada.

Como visto acima, os guardas narraram a participação do adolescente na empreitada criminosa. Assim restou amplamente comprovado o envolvimento do adolescente com o réu para fins de prática de tráfico de entorpecentes.

A causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 também restou devidamente evidenciada pela prova oral e pelo laudo pericial 26, visto terem os fatos ocorridos defronte a Igreja Assembleia Bairro Vista Alegre Jundiaí SP 27 e a aproximadamente 300 metros do centro esportivo “Praça Céu das Artes Vista Alegre. Assim é certo que o réu se valia da movimentação do estabelecimento de ensino para venda da droga, visto que os fatos se deram em dia da semana conforme simples conferência em calendário, pela manhã, indicando o funcionamento do estabelecimento de ensino.

Portanto reconhecidas as referidas causas de aumento pelas palavras do policial e a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, em especial, pelo laudo pericial.

Da dosimetria penal.

Com razão o recurso ministerial quanto o aumento da base, em face da diversidade, a relativa quantidade de drogas apreendidas e a natureza dos entorpecentes (cocaína e crack).

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade.

No caso, as drogas apreendidas foram cocaína e crack, o que indica maior reprovabilidade, posto que tais entorpecentes têm grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

[...]

Desta forma aplico aumento de 1/6, chegando a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias- multa.

A r. sentença embora tenha reconhecida a agravante da reincidência, inclusive a reincidência específica do réu, na segunda fase da dosimetria penal deixou de aumentar a pena, por entender que: “o não reconhecimento da incidência do benefício previsto no parágrafo quarto já determina aumento significativo na pena, assim como para não gerar odioso 'bis in idem'”, mantendo a pena no mínimo legal. O Ministério Público quando oferece o parecer, atua na condição de custos legis, e não de parte. Desta feita, não há que se falar em alteração da pena, tendo em vista que o Ministério Público não se atentou a tal fato.

Todavia em face do aumento da base pela diversidade e natureza das drogas a pena fica estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na terceira fase elevo a pena em 2/5 devido as majorantes previstas no artigo 40, incisos III e VI, ambos da Lei nº 11.343/06, pois o local é próximo a igreja e centro esportivo e houve o envolvimento de um adolescente de idade, José Roberto, tornando-se a pena definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão e 816 dias-multa.

6. Isto porque o acusado era reincidente específico. Assim não era o caso de concessão do redutor porque não preenchido requisito necessário ao reconhecimento da minorante.

Logo as penas permaneceram em 8 anos e 2 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade e o sursis em face da alta reprovabilidade e do quantum de pena, com fulcro no artigo 44, incisos I e III, do Código Penal, bem como a concessão de sursis.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes.

Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) também indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, o réu é reincidente específico o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Na hipótese em debate, o Tribunal *a quo* exasperou em um sexto (1/6) a pena-base em razão da diversidade e da quantidade de drogas apreendidas, com fundamento no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, não obstante a variedade das drogas, consoante orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal.

Ilustrativamente:

"[...]

1. A circunstância judicial relativa à quantidade de drogas, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de 42,4g (quarenta e dois gramas e quatro centigramas) de 'maconha', bem como 6,7g (seis gramas e sete centigramas) de 'cocaína'. Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal. Precedentes.

[...]

3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa." (HC 473.289/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, sem grifos no original.)

"[...]

2. O art. 42 da Lei de Drogas autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento no volume de estupefaciente apreendido, contudo, a pequena quantidade de droga não constitui fundamento idôneo a justificar o incremento da sanção inicial. Precedente.

3. Destaca-se que a redução operada da sanção inicial não constitui revolvimento de matéria fático-probatória, mas apenas reavaliação jurídica dos fatos delineados no acórdão.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 442.276/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018)

"[...]

Superior Tribunal de Justiça

1. Este Superior Tribunal de justiça firmou entendimento no sentido de que o art. 42 da Lei de Drogas permite o aumento da pena-base com fundamento na quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de forma que esses dois quesitos devem ser interpretados em conjunto. Assim, 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.

[...]

3. Agravo regimental parcialmente provido para reduzir a reprimenda dos recorrentes a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais 680 dias-multa." (AgInt no HC 403.668/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 14/11/2017)

Relativamente ao afastamento das causas de aumento do art. 40 da Lei de Drogas, não merece guarida a impetração. É que a revisão do julgado no ponto, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do *habeas corpus*. Nesse sentido: AgRg no HC 488617/SP, Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 14/10/2019.

Contudo, da análise da dosimetria, há flagrante ilegalidade no que se refere à fração de aumento na terceira etapa do cálculo da pena.

É que, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Confirmam-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. EMPREGO DE ARMA E ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA/ADOLESCENTE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES.

IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/2006 em patamar superior ao mínimo legal exige motivação concreta, devendo o magistrado indicar as circunstâncias do delito que justifiquem a aplicação de fração superior a 1/6.

4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias aplicaram a fração de aumento em 5/12, apenas em razão do número de majorantes - arma de fogo e envolvimento de adolescente. O afastamento do aumento mínimo previsto em lei exige motivação idônea, não bastando a mera indicação do número de causas de aumento. Esse entendimento, *mutatis mutandis*, se assemelha àquele utilizado por esta Corte no enunciado n. 443, que dispõe: 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.' Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

(HC 398.532/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. CAUSAS DE AUMENTO DECORRENTES DE EMPREGO DE ARMA E DE ENVOLVIMENTO DE MENOR. FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÚMERO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/06 em patamar acima do mínimo legal exige motivação concreta, devendo o magistrado indicar as circunstâncias fáticas do delito que justifiquem a aplicação de fração superior.

III - Não obstante cuidarem-se, *in casu*, de duas majorantes, o afastamento do aumento mínimo previsto em lei exige fundamentação idônea, não bastando a mera indicação do número de causas em que incidiu o paciente. Tal raciocínio, *mutatis mutandis*, se assemelha àquele utilizado por esta Corte Superior de Justiça, quando da edição do Enunciado n. 443, que afirma que 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a

Superior Tribunal de Justiça

mera indicação do número de majorantes'.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício.

(HC 379.926/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 8/5/2017).

A luz de tais considerações, aplicada a fração de aumento em 2/5 tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes, previstas nos art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006, o que impõe o redimensionamento para o percentual mínimo (1/6).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, decotado o aumento em razão da diversidade e quantidade das drogas, e não havendo sido valorada outra circunstância judicial, fixo a pena-base no mínimo legal – 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa. . Na segunda etapa, embora reincidente, as instâncias ordinárias deixaram de aumentar a pena. Desta feita, mantém-se inalterado o patamar. Na terceira fase, eleva-se a pena em 1/6 devido as majorantes previstas nos art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (meses) e 600 dias-multa. Inaplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, posto reconhecida a participação do réu em organização criminosa.

Diante da reincidência do réu e considerando a quantidade de pena aplicada deve ser mantido o regime inicial fechado. Incabível, da mesma forma, a substituição da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente tornando-a definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 25 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator