

HABEAS CORPUS Nº 541.683 - SP (2019/0318704-3)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSILENE CRISTINA OTAVIANO - SP403544
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ROBERTO ARCARI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

PAULO ROBERTO ARCARI alega sofrer coação ilegal, em decorrência de acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* (Apelação Criminal n. 1522083-69.2018.8.26.0562).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. Os autos noticiam a apreensão de **106,8 g de cocaína** (fl. 16).

Busca-se, por meio deste *writ*, seja **fixada a pena-base no mínimo legal e reduzido o aumento em razão da reincidência para a fração de 1/6**.

Não houve pedido de liminar. Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

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, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 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, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se 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 e 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 Tribunal de origem estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal, conforme trecho abaixo (fl. 35, grifei):

Na primeira fase, respeitando o afirmado pelo douto Magistrado, pode-se elevar a pena-base, pois a **quantidade de droga permite essa elevação, eram 144 porções de cocaína e 1 pequeno tijolo do mesmo entorpecente, aliado ao fato de que ele fazia parte de uma estrutura de distribuição de droga, abastecia "biqueira", para ganhar R\$ 100,00 por semana, ou seja, a sua culpa era intensa, tendo personalidade desvirtuada, as consequências do crime são nefastas, podem atingir vários usuários e viciados, com vistas ao "lucro fácil"**, logo, acresce-se à pena 1/5, tendo-se seis (6) anos de reclusão e seiscentos (600) dias-multa.

No caso de tráfico, de acordo com a Lei 11.343/2006, art. 42, **a quantidade e 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 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado [...]

No caso, o Tribunal de origem, ao estabelecer a pena-base

acima do mínimo legal, considerou desfavoráveis ao paciente **a personalidade, as consequências do delito e a quantidade e a natureza da droga apreendida.**

No que diz respeito à **personalidade**, considerou-a desfavorável, pois o acusado "fazia parte de uma estrutura de distribuição de droga, abastecia 'biqueira', para ganhar RS 100,00 por semana" (fl. 184). Assim, porque foi concretamente fundamentada a desfavorabilidade dessa circunstância judicial, com base em elemento concreto e específico dos autos, deve ser mantido o aumento efetivado nesse ponto.

Quanto às **consequências do crime**, asseverou que "são nefastas, podem atingir vários usuários e viciados, com vistas ao 'lucro fácil'" (fl. 35). No entanto, esses argumentos são genéricos e dizem respeito à gravidade abstrata do delito cometido e aos malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, motivo pelo qual não autorizam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Por fim, a Corte *a quo* fez menção à **quantidade e natureza da droga apreendida (106,8 g cocaína).**

Não se desconhece que, segundo o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "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 entanto, embora a natureza e a quantidade de substâncias apreendidas constituam, de fato, elementos preponderantes a serem considerados na dosimetria da pena e não obstante a natureza da substância trazida pelo acusado – cocaína – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, entendo que **a quantidade apreendida – 106,8 g – não foi excessivamente elevada**, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base.

Considero, na verdade, que a apreensão de certa quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é **inerente ao próprio crime** previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, até porque o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo, conforme

entendimento, aliás, externado no **AgRg no REsp n. 1.448.529/RJ**, de relatoria da Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (DJe 23/4/2015).

Assim, entendo que deve ser afastada a desfavorabilidade dessa circunstância judicial.

Diante de tais considerações, uma vez verificada a inadequação parcial da análise das circunstâncias judiciais e porque remanesce desfavorável ao paciente a personalidade, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de reduzir a pena-base de 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa (fl. 35) para **5 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 530 dias-multa**.

Apenas ressalto que estou fixando o patamar acima por entender ser ele, à luz das peculiaridades do caso concreto, suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, e também em observância, basicamente, à mesma proporção da que foi utilizada pelas instâncias de origem.

II. Agravante da reincidência

Sobre o aumento de pena relativo à agravante da reincidência, cumpre salientar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Na verdade, o art. 61 limitou-se a prever as circunstâncias que sempre agravam a pena, embora não tenha mencionado qualquer valor de aumento. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que estipula as circunstâncias que sempre atenuam a pena, sem, contudo, fazer qualquer menção ao *quantum* de redução.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação concreta e idônea. Nesse sentido, menciono: **HC n. 229.371/DF**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 4/9/2013.

No caso, verifico que as instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria, consideraram devida a exasperação da reprimenda no patamar de 1/4, "porquanto o apelante tinha **duas condenações, caracterizando, bi-reincidência, específica**" (fl. 35, grifei). Assim, havendo sido concretamente fundamentada a fração de aumento de pena, com base em argumentos idôneos constantes dos autos, não identifico o apontado constrangimento ilegal.

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 e 3 meses de reclusão e pagamento de 530 dias-multa. Na segunda fase, encontra-se presente a agravante da reincidência, razão pela qual aumento a reprimenda em 1/4. Na terceira etapa, não existem causas de aumento ou diminuição de pena e, por conseguinte, **torno a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão e pagamento de 662 dias-multa.**

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo em parte a ordem**, a fim de reduzir parcialmente a pena-base aplicada e, por conseguinte, diminuir a reprimenda do acusado para **6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão e pagamento de 662 dias-multa** (Ação Penal n. 1522083-69.2018.8.26.0562, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande – SP).

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

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator