

HABEAS CORPUS Nº 543.061 - SP (2019/0327001-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAULO EDUARDO PEREIRA RODRIGUES - SP245416
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBERSON NASCIMENTO SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CLEBERSON NASCIMENTO SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0029873-36.2016.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 22/27).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 11/18).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/7), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que exasperou a pena-base com base em fundamento inidôneo. Aduz que o legislador deixou claro que o aumento da pena requer a cumulação dos requisitos natureza e quantidade da droga, o que não se verifica no caso concreto, uma vez que foram apreendidos pouco mais de 100 gramas de entorpecente.

Em consequência, pede que a pena-base seja fixada no patamar mínimo legal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou denegação do *writ* (fls. 33/35), nos termos da seguinte ementa:

*PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. NARCOTRÁFICO.*

PENA-BASE ACIMA DA MÍNIMA LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA (50,6G DE COCAÍNA E 57,5G DE MACONHA). ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO OU DENEGAÇÃO DO WRIT.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Para a adequada delimitação da questão, colaciono excerto da fundamentação utilizada pelo magistrado local para exasperar a pena-base do paciente (e-STJ fl. 26):

Na primeira fase de aplicação da pena, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, eis que foram apreendidas na posse de 98 (noventa e oito) porções de cocaína, substância de alto poder destrutivo e de dependência, bem como e 40 (quarenta) porções de maconha. Desse modo, aplico a pena acima do mínimo legal em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Já a Corte local assim se manifestou ao manter a majoração da basilar (e-STJ fl. 15):

A reprimenda não merece alteração.

A pena-base foi fixada corretamente acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, dada a quantidade de drogas apreendidas e o alto poder destrutivo e de dependência da cocaína.

Com efeito, a revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos

circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n.º 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

Outrossim, em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, 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, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8 KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

[...]

II - O aumento da pena-base em razão da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré (cerca de 23,8 kg de cocaína) mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. 1.238.404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. REGIME FECHADO. LEGALIDADE.

[...]

3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

4. A associação para o tráfico de drogas em vultosa quantidade justifica o incremento da pena-base desse delito. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base do crime de associação para o tráfico, considerando a quantidade das drogas disseminadas (56kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1166871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a 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 desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, considerou a quantidade dos entorpecentes apreendidos (mais de uma tonelada de maconha e haxixe) e a culpabilidade do agente (ocultação das drogas em compartimento de ônibus, no qual era dissimulada a venda de produtos de gesso) para elevar as penas-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico na fração de 5/6, o que não se mostra desproporcional.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 437.496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018)

No caso, observa-se que a Corte local se pautou na previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para manter a exasperação da pena-base do paciente em **1 ano acima do mínimo legal**, notadamente, ponderou a natureza e quantidade do material entorpecente apreendido - 50,6 g de cocaína e 57,5 g de maconha.

Dessa forma, levando-se em conta a natureza da droga apreendida, e sua quantidade, inexistente o constrangimento ilegal apontado na inicial, pois há fundamentação concreta na aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

Ante todo o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator