

HABEAS CORPUS Nº 536.984 - SP (2019/0295663-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : **LUIS ANTONIO GONZAGA**
ADVOGADO : **LUÍS ANTÔNIO GONZAGA - SP148696**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **KETERSON AUGUSTO DE SOUZA (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de KETERSON AUGUSTO DE SOUZA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 24/30), sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos, pois, nos termos da peça acusatória, foi surpreendido na posse de **7,20g (sete gramas e vinte centigramas) de cocaína acondicionados em dezessete porções de plástico transparente** (e-STJ fl. 19).

Interposta apelação pelas partes, os desembargares da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo e proveram em parte a insurgência ministerial a fim de aumentar a pena do réu para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente intermediário, e ao pagamento de 194 dias-multa, além de cassar as restritivas de direitos aplicadas em primeiro grau (e-STJ fls. 31/50). Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 32/33):

Apelações criminais – Tráfico de substância entorpecente – Sentença condenatória – Preliminar defensiva voltada à nulidade do decisum, sob a alegação de valoração exclusiva dos elementos informativos obtidos em fase policial – Inocorrência – Édito condenatório proferido após a devida colheita de provas, em sede judicial, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório – Inexistência do vício alegado – No mérito, apelo voltado à absolvição por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, ao reconhecimento da inimizabilidade do agente pelo acentuado uso de entorpecentes, à desclassificação para o crime de porte de drogas para consumo próprio e à redução da prestação pecuniária imposta – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Depoimentos de policiais valiosos na

elucidação dos fatos – Razoável quantidade de cocaína apreendida, dividida em diversas porções individuais, prontas para entrega ao consumo, inviabilizando o pleito desclassificatório – Inexistência de elementos hábeis a demonstrar a plena incapacidade do réu de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento – Ademais, sequer foi providenciada, no momento oportuno, a instauração de incidente de insanidade mental que pudesse comprovar tal circunstância, sendo insuficientes, nesse caso, meras alegações desprovidas de comprovação – Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório – Prejudicado o pedido de redução da prestação pecuniária, porquanto afastada ante o acolhimento do reclamo ministerial. Preliminar rejeitada, recurso defensivo não provido.

Apelo ministerial voltado à majoração das penas-base, ao afastamento do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 ou, subsidiariamente, ao redimensionamento deste para o patamar de 1/6 (um sexto), bem como à fixação de regime fechado e à cassação das restritivas de direitos estabelecidas Admissibilidade parcial Elevação das reprimendas básicas, à razão de 1/6 (um sexto), em virtude da razoável quantidade e maior lesividade da droga apreendida (cocaína) Diretrizes previstas no artigo 42 da Lei de Drogas Inviável o afastamento do privilégio previsto no referido diploma legal, seja porque o réu possui os requisitos necessários para a aplicação do benefício, seja porque as mesmas circunstâncias consideradas para aumentar as penas na primeira fase não podem servir concomitantemente de fundamento para a modulação do redutor, sob pena de haver inescindível bis in idem Regime prisional modificado para semiaberto Suficiência Penas restritivas de direitos afastadas Gravidade concreta da conduta do acusado que revela elevada danosidade social, incompatível com aplicação da benesse (art. 44, III, CP). Recurso ministerial parcialmente provido.

Neste writ, a defesa alega que *"as circunstâncias judiciais, como um todo, foram reputadas pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como neutras, sendo que, neste sentido, não seria possível que a mesma particularidade, afastada na primeira fase da dosimetria da pena, ampare a adoção de regime mais gravoso daquele previsto na legislação em vigor, como restou decidido"* (e-STJ fl. 8).

Assevera que *"a manutenção da condenação do Paciente ao cumprimento de pena no regime inicial SEMIABERTO, violando o direito à decisão fundamentada configura, data máxima vênia, flagrante constrangimento ilegal, de modo que a motivação deficiente invalida a manutenção da r. decisão e, em tal medida,*

autoriza o deferimento da ordem pleiteada para permitir o cumprimento da pena em regime inicial aberto, conforme abstratamente previsto em lei, bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pois não há motivação idônea apta a afastar a regra geral" (e-STJ fl. 9).

Dessa forma, requer, liminarmente, o abrandamento do regime prisional imposto ao paciente. No mérito, a concessão da ordem *"para o fim de revogar o decreto de prisão, para fixação do regime ABERTO para início do cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito [...]"* – e-STJ fl. 16.

O pedido liminar foi deferido para assegurar ao paciente o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do presente *habeas corpus* (e-STJ fls. 61/64).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 73/79).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, a manutenção da decisão de primeiro grau sob o argumento de ausência de fundamentação idônea para o recrudescimento do regime prisional.

Na hipótese, o Tribunal *a quo*, ao dar parcial proviémtno ao recurso ministerial, assim se manifestou (e-STJ fls. 46/):

Na primeira fase, atendendo-se ao reclamo ministerial, **as penas-base devem ser aumentadas em razão da maior reprovabilidade da conduta praticada pelo réu, notadamente pela razoável quantidade e pela maior nocividade do entorpecente apreendido em seu poder (cocaína), consoante a diretriz contida no artigo 42 da Lei n. 11.343/06, que determina que tais circunstâncias sejam preponderantes no momento da dosimetria. Portanto, fixa-se 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal.**

Na etapa intermediária, como bem reconhecido na r. sentença, as reprimendas permanecem inalteradas, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na última fase, em que pese a irresignação ministerial, **afigura-se mesmo aplicável o privilégio previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração máxima de 2/3 (dois terços), em razão do preenchimento dos requisitos legais pelo acusado,**

a saber, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e não pertencimento a organizações criminosas.

Registre-se, ainda, que em virtude do aumento operado na primeira fase, decorrente da quantidade e natureza da droga apreendida, de maior lesividade, as circunstâncias mencionadas alhures não poderão ser novamente sopesadas no caso concreto, especialmente para fins de modulação do redutor, sob pena de haver inescindível e inaceitável bis in idem [...]

Assim, as penas restam definitivamente fixadas em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no piso.

Quanto ao regime prisional, malgrado a vistosa gravidade do crime, o entendimento hoje imperante é de que o “tráfico privilegiado” não mais se classifica como crime hediondo (STF-HC nº 118.533). Contudo, na espécie, apesar da primariedade e bons antecedentes do réu, é inegável a gravidade concreta de sua conduta, mormente em face da quantidade e da natureza da droga (cocaína), altamente nociva e viciante, circunstâncias estas que autorizam, por se mostrarem suficientes, optar-se pela modificação do regime prisional para o semiaberto, à vista do pleito ministerial.

Cumpre corrigir, nesse passo, a capitulação da sentença para fazer constar a condenação com fulcro no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, ficando, assim, permitido ao acusado requerer eventuais benefícios prisionais em sede de execução criminal com base nas frações de pena aplicáveis aos delitos comuns.

No entanto, a despeito do quantum punitivo, incabível a aplicação de penas restritivas de direitos no caso vertente, mormente em se considerando que a gravidade concreta da conduta do acusado, decorrente da razoável quantidade do entorpecente apreendido (cocaína), de natureza altamente nociva, constitui efetivo óbice à outorga de tal benesse, máxime porque esta não se mostraria suficiente nem socialmente recomendável no caso concreto (art. 44, III, CP), devendo ser, assim, acolhido o pleito ministerial para cassar a pena corporal convolada em prestações de serviços à comunidade e pecuniária e, por consequência, ser declarado prejudicado o pleito defensivo com vistas à redução do valor desta última prestação.

Correta, também, a decretação do perdimento em favor da União do numerário apreendido, porque oriundo do crime perpetrado pelo réu, em consonância com o artigo 63 da Lei n. 11.343/06.

Por derradeiro, haverá de ser expedido, desde logo, mandado de prisão, em consonância com a interpretação recentemente emprestada pelo Supremo Tribunal Federal ao dispositivo constitucional acerca da presunção de não-culpabilidade, no Habeas Corpus n. 126.292/SP.

Oportunamente, observa-se que **a reprimenda básica foi fixada em 1/6**

além do mínimo pela quantidade e nocividade do entorpecente encontrado em poder do réu.

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação do paciente à atividade criminosa.

Contudo, na hipótese, apesar da natureza da droga apreendida, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado, sobretudo em razão de sua quantidade inexpressiva – **7,20g (sete gramas e vinte centigramas) de cocaína** – e-STJ fl. 19, motivo pelo qual, **de ofício, entendo pela redução ao mínimo legal da sanção, notadamente por serem favoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.** A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. VALORAÇÃO AFASTADA. ANTECEDENTE MUITO ANTIGO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. APLICADA A OPÇÃO MAIS BENÉFICA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A não relevante quantidade de droga - 4,58g de maconha, 5,6g de crack, e 8,3g de cocaína -, desassociada de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), não justifica a exasperação da pena-base, por inexistente anormal gravidade.

[...]

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 468.970/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019, grifei).

Passo, então, à readequação das penas nos parâmetros de origem:

Na primeira fase, **estabeleço a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.**

Na fase intermediária, a sanção permanece inalterada.

Na fase derradeira, mantenho a redução da reprimenda em 2/3, pela

Superior Tribunal de Justiça

aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que perfaz **1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.**

Diante do novo *quantum* da sanção definitiva, fixada a pena-base no mínimo legal, em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais, e concedido o redutor na fração máxima, entendo que o paciente faz jus ao regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda, bem assim à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que estão preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de reduzir, de ofício, a pena-base e readequar a sanção definitiva imposta ao paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, além de alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser estipuladas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator