

**HABEAS CORPUS Nº 539.324 - SP (2019/0307492-0)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**MARIELA MONI MARINS - SP343394**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ANTONIO MARCOS FERREIRA (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**ANTONIO MARCOS FERREIRA** alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0000208-30.2017.8.26.0570.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Alega o impetrante que a pena-base não pode ser aumentada em razão da nocividade da droga, bem como que condenações anteriores alcançadas pelo período depurador de 5 anos não podem ser utilizadas para negativar a vetorial relativa aos antecedentes.

Sustenta, ainda, que o reconhecimento da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, subsequente ao afastamento da condenação pelo crime de corrupção de menores, caracterizaria *reformatio in pejus*.

Aduz que o paciente faz jus à causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11343/2006 e que, acolhida essa tese, deve ser alterado o regime de cumprimento de pena.

Requer a concessão da ordem, para que seja reduzida a pena-base, afastada a majorante relativa ao envolvimento de adolescente e reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Indeferida a liminar e, após o envio das informações solicitadas, manifestou-se o Ministério Público Federal 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, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 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 e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve 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, 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.

O Tribunal *a quo* manteve a exasperação da pena-base do paciente, com base nos seguintes argumentos (fls. 89-90):

**O réu teve a pena-base corretamente fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes e das circunstâncias do crime, em especial, a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, notadamente o crack, com alto poder lesivo.**

Na segunda fase, presente a circunstância agravante da

reincidência, teve a pena exasperada em 1/6.

De acordo com as certidões cartorárias constantes dos autos, Antônio ostenta condenações definitivas pela prática de crimes de: ameaça e lesão corporal, praticadas no âmbito da violência doméstica e familiar, transitada em julgado em 05/07/2016 (ação penal nº 0002334-60.2012.8.26.0495 - fls. 193); posse de substância entorpecente, com trânsito em julgado em 24/05/2005 (ação penal nº 0009395-84.2003 - fls. 195/195); tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 26/05/2008 (ação penal nº 0003263-06.2006.8.26.0495 - fls. 196/198).

Não há como reduzir a pena-base ao mínimo legal, porque, além de ostentar condenação definitiva pela prática de crime, a quantidade de drogas apreendidas não era ínfima, ao contrário do que alega a Defesa. Demais disso, não se pode perder de vista que foram apreendidos com ele e com o adolescente dois tipos de entorpecentes: maconha e crack, que em razão do alto poder viciante deste último, autoriza a elevação da basilar.

Assim, nesses aspectos, não há qualquer correção a ser feita na reprimenda fixada, em primeiro grau.

Pelos trechos anteriormente transcritos, verifico que as instâncias de origem consideraram desfavoráveis ao paciente os **antecedentes, bem como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas.**

Quanto à **natureza** e à **quantidade** de substâncias apreendidas, certo é 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 tais elementos constituam, de fato, circunstâncias preponderantes a serem consideradas na dosimetria da pena e não obstante a natureza de uma das substâncias trazidas pelo acusado – **crack** – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, entendo que **a quantidade de substâncias apreendidas – 12,9 g de crack e 134,74 g de maconha (fl. 38) – não foi excessivamente elevada**, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base.

Do contrário, qualquer agente que fosse apreendido com crack ou com cocaína, ainda que com uma porção com peso de 5 g, por exemplo, deveria ter a sua pena-base estabelecida acima do mínimo legal – a pretexto de correta aplicação do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 –, o que, evidentemente, não se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

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, em regra, 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 pela Terceira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos **EREsp n. 1.544.057/RJ** (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 9/11/2016).

No que tange ao pretendido afastamento dos maus antecedentes, verifico que não assiste razão à defesa. Em relação a esse ponto, a Corte de origem destacou a existência de **diversas condenações definitivas anteriores**, consoante abaixo descrito (fl. 89):

De acordo com as certidões cartorárias constantes dos autos, Antônio ostenta condenações definitivas pela prática de crimes de: ameaça e lesão corporal, praticadas no âmbito da violência doméstica e familiar, transitada em julgado em 05/07/2016 (ação penal nº 0002334-60.2012.8.26.0495 fls. 193); posse de substância entorpecente, com trânsito em julgado em 24/05/2005 (ação penal nº 0009395-84.2003 fls. 195/195); tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 26/05/2008 (ação penal nº 0003263-06.2006.8.26.0495 fls. 196/198).

Não há como reduzir a pena-base ao mínimo legal, porque além de ostentar condenação definitiva pela prática de crime, a quantidade de drogas apreendidas não era ínfima, ao contrário do que alega a defesa.

Esclareço, por oportuno, que, embora o Supremo Tribunal Federal, **em julgamento já iniciado**, ainda não haja decidido o mérito do **RE n. 593.818 RG/SC** – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, este

Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, **além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos**, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes." (HC n. 337.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/6/2016). Ainda, menciono: HC n. 413.693/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/10/2017.

Portanto, diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não vejo como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes, notadamente porque, conforme anteriormente salientado, esta Corte Superior possui a compreensão, **tanto na Quinta quanto na Sexta Turma**, de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.

Diante de tais considerações, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de afastar a desfavorabilidade das circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas e, por conseguinte, reduzir a pena-base do paciente de 6 anos e pagamento de 600 dias-multa para **5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa**.

Apenas ressalto que estou fixando o patamar acima em observância, basicamente, à mesma proporção da que foi estabelecida pela Corte estadual e por entender ser ele – dentro do livre convencimento motivado – suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Apenas *ad cautelam*, esclareço que a concessão da ordem – nos termos em que delineados anteriormente – **em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado**; trata-se, na verdade, de controle de legalidade dos critérios empregados pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena, bem como de correção – perfeitamente possível em habeas corpus – de uma **evidente discrepância** na reprimenda imposta ao acusado.

A propósito, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores" (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013).

## **II. Majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas**

No que se refere ao reconhecimento da majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, assim ficou assentado pela Corte *a quo* (fl. 90):

[...]

Constata-se pelos seguros e harmônicos depoimentos dos agentes estatais, que indubitavelmente o réu praticou o injusto de tráfico ilícito de entorpecentes com envolvimento de adolescente.

[...]

Presente a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, majora-se a reprimenda em 1/6, situada a pena final de Antônio em 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão e pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa.

Verifico, portanto, que o Tribunal *a quo* afastou a condenação pelo crime de corrupção de menores, por entender que a participação de adolescentes no delito de tráfico de drogas seria causa para a incidência do art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, motivo pelo qual reduziu a reprimenda no mesmo *quantum* do que foi estabelecido pelo Juízo singular.

Com efeito, o acórdão recorrido está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte, no sentido de que "é possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*,

desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorre na espécie" (**AgInt no HC n. 365.254/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 19/12/2016). Ainda:

[...]

IV - No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(**HC 477.281/MG**, Rel. Min. **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 14/12/2018)

[...]

4. Nos termos da atual jurisprudência desta Corte Superior, em razão do efeito devolutivo amplo da apelação, é possível à segunda instância, ao reconhecer a inidoneidade de fundamentação exarada na sentença, substituí-la por motivação diversa, desde que a situação final do recorrente não seja agravada. Este reexame integral da dosimetria, desde que não implique o agravamento da sanção imposta ao Paciente, não configura reformatio in pejus, violação aos limites recursais ou ofensa ao sistema acusatório.

[...]

6. Agravo regimental desprovido.

(**AgRg no HC 446.942/SC**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 18/12/2018)

Desse modo, não merece prosperar a insurgência quanto ao ponto.

### **III. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

Quanto à pretendida aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifico que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida **supressão de instância**.

De todo modo, tanto os maus antecedentes quanto a reincidência do réu impedem a incidência do redutor em questão, por expressa vedação legal.

#### **IV. Nova dosimetria**

Em razão das modificações efetivadas anteriormente, deve ser realizada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, aumento a reprimenda em 1/6, tal como efetivado pelas instâncias ordinárias. Na terceira etapa, aumento a pena em 1/6, em razão da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, motivo pelo qual **fica a sanção do acusado definitivamente estabelecida em 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e pagamento de 747 dias-multa.**

#### **V. Dispositivo**

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **conheço em parte do habeas corpus e, nessa extensão, concedo parcialmente a ordem**, para reduzir em parte a pena-base e, por conseguinte tornar a reprimenda do paciente definitiva em 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e pagamento de 747 dias-multa.

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