

**HABEAS CORPUS Nº 391.825 - SP (2017/0053779-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADO : ERIKA DORIA DOS SANTOS**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : JONATHAN LIMA (PRESO)**

**DECISÃO**

**JONATHAN LIMA** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000080-83.2011.8.26.0452).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A impetrante aponta, inicialmente, a nulidade da prova pericial, sob o argumento de que "a produção da prova pericial não respeitou os dispositivos legais acima descritos, na medida em que o laudo de constatação de fls. 15 foi firmado por policiais militares responsáveis pelo flagrante, os quais não possuem certificado de curso superior e prestaram depoimento às fls. 03 e 05" (fl. 7).

Na sequência, sustenta ser indevida a exasperação da pena-base, bem como que deve ser aplicado o redutor previsto no art. 46 da Lei de Drogas.

Requer a concessão da ordem, para que seja "reconhecida a ilicitude da prova, com a consequente anulação dos laudos periciais e absolvição do paciente. Subsidiariamente, requer a cassação da exasperação operada em primeira etapa da dosimetria, porquanto fundada em motivação inidônea a tal, bem como a aplicação, em sua máxima fração, do redutor legal constante do art. 46 da Lei n. 11.343/06" (fl. 14).

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração.

**Decido.**

### **I. Prova pericial**

No que tange à apontada nulidade absoluta da prova pericial, 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**.

### **II. 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.

No caso, a Corte de origem manteve a fixação da pena-base acima do mínimo legal, "tendo em vista o réu possuir personalidade voltada

à prática de crime, pela conduta social e pela natureza de uma das drogas (cocaína). De fato, há notícias nos autos de que vem praticando furtos reiteradamente" (fl. 182).

Quanto à **personalidade/antecedentes**, entendo que foram apontados elementos concretos e específicos dos autos (reiteração na prática de delitos) e que, portanto, justificam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Já em relação à **conduta social**, verifico que, em nenhum momento, foi mencionado argumento concreto que, efetivamente, demonstrasse a inadequação do comportamento do paciente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), de maneira que deve ser afastado o aumento efetivado nesse ponto.

Por fim, no que diz respeito à **natureza** de uma das 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 tal elemento constitua, de fato, circunstância preponderante a ser considerada na dosimetria da pena e não obstante a natureza de uma das substâncias trazidas pelo acusado – **cocaína** – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, entendo que **a quantidade de substância apreendida – 26,1 g de maconha e 2,3 g de cocaína – não foi excessivamente elevada**, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas tal circunstância 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 2 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).

Diante de tais considerações, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de reduzir a pena-base do paciente de 6 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 665 dias-multa para **5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa**.

Apenas ressalto que estou fixando o patamar acima por entender ser ele suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, e em atenção, basicamente, à mesma proporção da que foi utilizada pelas instâncias ordinárias.

### **III. Semi-imputabilidade**

No que diz respeito à pretendida aplicação da minorante prevista no art. 46 da Lei n. 11.343/2006 (semi-imputabilidade), necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o disposto no referido preceito legal, *in verbis*:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, **o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento**.

No caso, a Corte de origem salientou que, "além de não ficar comprovada a destinação da droga para uso, o laudo de dependência

toxicológica atestou que o apelante 'não apresenta sinais e/ou sintomas psico-patológicos que caracterizem insanidade mental'" (fl. 181). Na sequência, reforçou: "Na terceira fase, o Magistrado não reconheceu a semi-imputabilidade, por entender que o réu não podia usar a semi-imputabilidade como fundamento para continuar a praticar crimes e ser beneficiado com redução da pena. Como já mencionado, **o laudo concluiu que o réu tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato**" (fl. 183).

E, diante de tais elementos, concluiu (fl. 183):

Assim, **não tendo qualquer problema mental que afete sua capacidade de compreender o ilícito e determinar-se quanto a este**, no tocante ao tráfico de drogas, o fato de ser dependente - que só repercute na capacidade de entendimento e determinação quanto a não possuir drogas, visto que necessário para o vício, não tem repercussão no tráfico [...]

Conforme visto, as instâncias ordinárias apontaram elementos concretos dos autos que evidenciaram a impossibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 46 da Lei n. 11.343/2006, com a conclusão, em síntese, de que, embora usuário de drogas, o paciente, ao tempo do crime, **não teve tolhida** a sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por tais razões, para concluir de forma diversa, afastando a conclusão de que o acusado era, ao tempo do crime, imputável, seria necessário o revolvimento de material fático-probatório, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus.

#### **IV. 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 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa. Na segunda etapa, exaspero a sanção em 1/3, tal como efetivado pelas instâncias de origem, em razão da agravante da reincidência. Na terceira fase, não há nenhuma causa de aumento ou de diminuição, motivo pelo qual **fica a sanção do réu definitivamente estabelecida em 7 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 733 dias-multa.**

**V. Dispositivo**

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, para reduzir em parte a pena-base aplicada ao paciente e, por conseguinte, diminuir a sua reprimenda para 7 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 733 dias-multa.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator