HABEAS CORPUS Nº 547.939 - DF (2019/0353651-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS	:	ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DF007920 DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE	:	LEONARDO DA COSTA FERREIRA NETO (PRESO)
PACIENTE	:	MICHAEL FERREIRA DE BRITO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de LEONARDO DA COSTA FERREIRA NETO e MICHAEL FERREIRA DE BRITO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDFT (Apelação Criminal n. 0002499-55.2018.8.07.0001).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, respectivamente, às penas de 9 (nove) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas com causas de aumento).

Interpostos recursos de apelação perante o TJDFT, os apelos defensivos foram parcialmente providos em acórdão assim ementado:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS.TRÊS RÉUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DOS POLICIAIS EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. DOSIMETRIA. VARIEDADE DO ENTORPECENTE. INVIÁVEL. NATUREZA DA DROGA. MANUTENÇÃO. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO. IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MANUTENÇÃO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. INVIÁVEL. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.*
>
> *1. Se o conjunto probatório demonstra, de forma coesa e harmoniosa, a prática de tráfico de drogas pela acusada, incabível*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: FC9511E7-7DFD-47BE-BE60-24DA2934341E

falar-se em absolvição.

2. Os depoimentos de policiais em consonância com as filmagens realizadas dos atos de traficância merecem credibilidade, mormente se oportunizado o contraditório, como in casu. Nesses casos, é dever da parte trazer as evidências necessárias para macular os depoimentos prestados por agentes públicos, o que não aconteceu à espécie.

3. Deve ser afastada, na primeira fase da dosimetria da pena, a valoração negativa da variedade da droga, porquanto foram apreendidas apenas duas substâncias distintas de entorpecentes, maconha e cocaína, o que não justifica o incremento da pena-base.

4. A natureza da droga apreendida, embora não permita a valoração negativa das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, autoriza o incremento da pena-base, nos termos da Lei Antidrogas, mormente se a substância é altamente nociva ao organismo e de grande poder destrutivo à saúde física e mental do dependente.

5. De acordo com a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidadeou da conduta social do agente. Esse mesmo entendimento deve ser aplicado às passagens do réu pela Vara da Infância e Juventude - VIJ.

6. Correta a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, incisollI, da Lei n° 11.343/2006, quando o delito foi comprovadamente cometido nas imediações de estabelecimento de ensino.

7. A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena corporal imposta, o que determina sejam observados os mesmos critérios adotados para a fixação desta última.

8. Recursos conhecidos e parcialmente providos (fls. 33-34).

Agora a defesa impetra a presente medida nesta Corte sustentando que o aumento da pena-base pela natureza da droga não é razoável, pois *"É necessário ao aplicar o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06 que se leve em consideração as duas condições, quais sejam, a natureza e quantidade da droga, conjuntamente. Caso contrário, estar-se-ia criando situações completamente contraditórias e desproporcionais à finalidade da norma"* (fls. 6 e 7).

Alega que a causa de aumento pelo cometimento do crime nas imediações de escola deve ser afastada, *"Sendo certo que o tráfico não visava os estudantes do referido estabelecimento de ensino, mas sim transeuntes que passavam na via pública, onde, por única e mera coincidência, localiza-se o colégio, demonstra-se injusta a aplicação da majorante"* (fl. 14).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: FC9511E7-7DFD-47BE-BE60-24DA2934341E

O Ministério Público Federal opinou pela parcial concessão da ordem (fls. 60-66).

É o relatório. Decido.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição ao recurso próprio (cf.: HC 358.398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Embora seja possível a concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, essa não é a hipótese dos autos.

Com efeito, é pacífico nesta Corte o entendimento de que na fixação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga preponderam sobre as circunstâncias judiciais, nos termos do previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, de modo que resta justificado o acréscimo da reprimenda na primeira fase da dosimetria, porquanto o acórdão recorrido considerou a natureza (cocaína) de uma das drogas apreendidas (cerca de 70g de maconha e 24,3g de cocaína - fl. 21). Não há ilegalidade no aumento da pena-base em 7 meses acima do patamar mínimo.

Sobre o tema:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. COCAÍNA E CRACK. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. 1/6. WRIT NÃO CONHECIDO. 1.*
>
> *Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.*
>
> *2. O aumento da pena-base do paciente em razão da natureza da droga apreendida (cocaína e crack) está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.*
>
> *3. No que diz respeito aos antecedentes, o aumento foi de 1/6, não 1/3, com fundamento em condenação anterior transitada em julgado, em conformidade com o disposto no art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido: HC 524.452/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/9/2019.*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido* (HC 539.623/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 28/11/2019).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: FC9511E7-7DFD-47BE-BE60-24DA2934341E

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO COM BASE NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (CRACK). POSSIBILIDADE. ART. 42, DA LEI N. 11.343/06. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.*
>
> *II - "Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp n. 585.375/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/03/2017).*
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 512.046/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, DJe 29/10/2019).

A majoração da pena em razão da aplicação da causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é de índole objetiva, incidindo em função do local do cometimento do crime. Na hipótese, em que o delito foi cometido nas proximidades de escola, é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes, como ocorre no presente caso. Confira-se o precedente:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. PRESCINDE DE PROVA DO PÚBLICO-ALVO. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: FC9511E7-7DFD-47BE-BE60-24DA2934341E

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 33, § 2º, B, CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - O crime praticado nas imediações de estabelecimento de ensino. Tal fundamento, por si só, justifica a imposição da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, sendo prescindível a prova de que o acusado tinha como "público-alvo" os frequentadores desses locais

VI - O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VII - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula n. 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula n. 719/STF). Importante consignar, ainda, que, "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (Súmula n. 440/STJ).

VIII - In casu, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base hediondez do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

IX - Sendo a réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar os maus antecedentes, fundados em inquéritos policiais e ações penais em curso, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal, bem como restabelecer o regime inicial semiaberto para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação. (HC 480.887/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/2/2019).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração.

Publique-se. Intimem-se.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: FC9511E7-7DFD-47BE-BE60-24DA2934341E

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: FC9511E7-7DFD-47BE-BE60-24DA2934341E