HABEAS CORPUS Nº 542.249 - SP (2019/0322042-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JAMARCEL LIMA PEREIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JAMARCEL LIMA PEREIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 583 dias-multa, e teve negado o direito de recorrer em liberdade, pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 26/31).

Segundo a acusação, foram apreendidos com o paciente **35 (trinta e cinco) frascos de lança-perfume, totalizando 315ml (trezentos e quinze mililitros); 427,6g (quatrocentos e vinte e sete gramas e seis decigramas) de maconha; 58g (cinquenta e oito gramas) de *crack*; e 315,8g (trezentos e quinze gramas e oito decigramas) de cocaína** (e-STJ fl. 15).

Interposta apelação pelas partes, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e proveu a insurgência do *Parquet* a fim de exasperar a reprimenda imposta ao réu para 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 61):

> *Apelação. Crime de tráfico de drogas. Recurso do Réu. Absolvição por fragilidade probatória. Não cabimento. Autoria, materialidade e indicação de traficância demonstradas. Atenuação das penas. Não cabimento. Aplicação do redutor especial. Impossibilidade. Fixação de regime mais brando. Não cabimento. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Impossibilidade. Recurso do Ministério Público. Recrudescimento das penas. Possibilidade e necessidade. Não provimento ao recurso do Réu. Provimento ao recurso do Ministério Público.*

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

Daí o presente *writ*, no qual aponta a defesa ilegalidade no cálculo dosimétrico.

Alega ser *"inadmissível o agravamento da pena base em razão das circunstâncias do crime. As características descritas no v. acórdão – quantidade e variedade médias de drogas - são inerentes à prática do delito que foi imputado ao paciente, já tendo sido consideradas pelo legislador ao estabelecer abstratamente a sanção. Não podem tais fundamentos, portanto, servirem de base para o aumento da pena"* (e-STJ fl. 4).

Pleiteia, assim, o afastamento ou a redução da fração de elevação da pena-base.

Assere, também, ausência de fundamentação idônea para negar o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aduzindo que a existência de processo criminal em curso não justificar o indeferimento do referido redutor.

Ainda nesse sentido, assevera que as quantidades de drogas não são tão relevantes a ponto de influenciarem negativamente na individualização da pena e concorrerem para a conclusão do envolvimento do paciente com atividades ilícitas.

Por fim, destaca que o regime fechado foi estabelecido com fulcro, somente, na gravidade abstrata do delito, não tendo sido consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que vai de encontro ao disposto na Súmula n. 718 do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, requer *"a concessão do presente WRIT liminarmente, para fixar a pena no mínimo legal, aplicar o redutor do tráfico (parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11343.06), fixando-se o regime aberto ou, subsidiariamente, para, ainda que mantida a condenação, seja assegurado a paciente o direito de cumprir a pena no regime semiaberto de acordo com a reprimenda aplicada na decisão de segundo grau e, após o processamento do presente feito, com a vinda das informações, seja DEFINITIVAMENTE CONCEDIDO"* (e-STJ fl. 12).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 75/77).

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

Informações prestadas (e-STJ fls. 83/109 e 110/126).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 131/138).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, a dosimetria e o regime prisional foram fundamentados na sentença condenatória consoante a transcrição abaixo (e-STJ fls. 29/30):

> *Passo à fixação das penas.*
>
> *Dispõe o artigo 42 da Lei 11.343/2006 que: "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente" Pois bem,* ***no caso, impõe-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando-se a variedade e a quantidade de substâncias apreendidas em poder do agente: 35 frascos de lança-perfume (com volume de 315ml), 120 porções de maconha (pesando 427,6 gramas), 216 pedras de crack (pesando 58 gramas) e 341 porções de cocaína (com o peso de 315,8). Assim, na primeira fase, acrescem-se as penas de 1/6, para 5 anos, 10 meses de reclusão de reclusão e 583 dias-multa.***
>
> *Não há circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas.*
>
> *O réu não faz jus ao redutor de pena previsto no parágrafo 4º, do* ***artigo 33, da Lei n. 11.343/2006.***
>
> ***É que, somada à quantidade e variedade de drogas, salta aos olhos sua condenação anterior, por tráfico de drogas (fls. 83 e 84). Ainda que não transitada em julgado, é certo que essa condenação é franco indicativo de que o réu se dedica à atividade do tráfico. Nesse sentido, há ainda a confissão informal, ao policial civil Marcelo, dando conta da posição de destaque do agente na organização criminosa. A ele cabia o abastecimento dos pontos de venda.***
>
> *As penas prevalecem em concreto na ausência de outras causas*

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

> *legais modificadoras.*
>
> ***O regime prisional é o fechado, à vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis (artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal)*** *e da reiteração na prática do tráfico, nos mesmos moldes dos fundamentos apresentados para negar-lhe a aplicação da causa especial de aumento de pena. Não há outro regime possível à vista das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto.* (Grifei.)

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto aos temas (e-STJ fls. 66/71):

> *Não há que se falar em aplicação do redutor especial, porque: 1.* ***comprovadamente o Réu integrava organização criminosa e fazia do crime sua atividade remunerativa, pois foi flagrado com razoável quantidade de entorpecentes variados (repetindo: 35 frascos, contendo 315 ml de lança-perfume; 120 porções, contendo 427,6 gramas de maconha; 216 porções, contendo 58 gramas de "crack"; 341 porções, contendo 315,8 gramas de cocaína), não sendo possível que alguém tivesse a confiança de um traficante-chefe para portar e vender o que tinha consigo, a não ser por sua íntima relação com a ilícita conduta****, situação já bem destacada por esta Corte (Ap. n. 0049725-63.2007.8.26.0405, rel. Des. Amado de Faria, 8ª Câm., j. em 19.04.2012)* [...]. *2. a aplicação indiscriminada da benesse contraria o espírito da repressão penal mais severa que foi introduzido com a Lei n. 11.343/06, como já destacado por esta Câmara (Ap. n. 3002741-18.2013.8.26.0224, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 18.02.2016)* [...]. *3.* ***<u>além disso e sobretudo - possui condenação pelo mesmo crime, o que obsta a benesse</u>*** *(fls. 83/84).*
>
> *O regime prisional fixado para o início do cumprimento da reprimenda deve mesmo ser o fechado, seja por expressa previsão legal no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, seja pela gravidade e hediondez do crime. Além disso, a imposição de regime prisional mais gravoso é uma necessidade social, reflexo de um juízo de valor da sociedade que clama por maior rigor da resposta estatal na reprimenda desse mal, especialmente em se tratando de crime de tamanha nocividade ao meio, como é o caso do tráfico de drogas, ainda mais em se considerando as circunstâncias fáticas essenciais (além da grande quantidade e da grande variedade de drogas apreendidas, o Réu demonstrou não se preocupar com as consequências de sua conduta, apesar de condenação anterior por crime idêntico).*
>
> [...]
>
> *A quantidade da pena aplicada e a condenação pelo mesmo crime impedem a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, incisos I e III, do Código Penal.*
>
> *II – DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.*
>
> *Convincente o recurso.*

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

> *Ao Magistrado cabe fixar entre o mínimo e o máximo da pena cominada, nada sugerindo que o patamar de base seja o obrigatório. Aqui, contudo, na primeira fase da quantificação da sanção penal,* ***a fixação da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo está abaixo do esperado, devendo ser alterada de acordo com a pretensão recursal do Ministério Público, para 07 (sete) anos de reclusão, e 700 (setecentos) dias-multa - 2/5 (dois quintos) acima do mínimo legal em harmonia com a previsão do artigo 59 do Código Penal. E assim sempre deveria ser, pois a qualidade e a quantidade das substâncias devem ser consideradas em casos dessa natureza (mais uma vez: 35 frascos, contendo 315 ml de lança-perfume; 120 porções, contendo 427,6 gramas de maconha; 216 porções, contendo 58 gramas de "crack"; 341 porções, contendo 315,8 gramas de cocaína), conforme os termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/06.*** *Além disso, não se olvidem os efeitos devastadores dessas substâncias entorpecentes, assim como o inestimável número de famílias alcançadas por seu poder devastador, demonstrando que o Réu não se importa com as consequências penais e sociais de sua nefasta conduta, razão pela qual a sanção deve ser na medida para a repressão da conduta.* (Grifei.)

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Da pena-base

Consoante dispõe o 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*".

Não constitui demasia enfatizar, no particular, que, "*como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode equiparar a conduta daquele indivíduo que é flagrado trazendo consigo um quilograma de maconha com a daquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que esta droga tem um caráter viciante e destrutivo bem mais elevado que aquela*" (LIMA. Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 808).

Na espécie, verifica-se que o Tribunal local, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público estadual, elevou a reprimenda básica na fração de 2/5 em razão da qualidade e da quantidade das drogas apreendidas, o que se monstra em

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

consonância com o entendimento firmado por esta Corte.

A propósito, confiram-se:

> *PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NO HABEAS CORPUS RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS.* ***DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM 2/5 NA PENA-BASE. VARIEDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. 400 GRAMAS DE MACONHA - 29 GRAMAS DE COCAÍNA - 2 GRAMAS DE CRACK. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.*** *DENEGAÇÃO DO WRIT. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> [...]
>
> *2. Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, admitindo a jurisprudência, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.*
>
> *3.* ***Fundamentada a valoração gravosa das circunstâncias do crime, com aumento de 2 anos acima do mínimo legal - fração em 2/5 -, na variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos, não se mostra desarrazoada ou desproporcional essa fundamentação****. Precedentes.*
>
> *4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento* (RCD no HC 558.343/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020, grifei).

<u>Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006</u>

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob esse prisma, não vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois, **além da dedicação do réu a atividades criminosas**, como visto acima, **as instâncias originárias mencionaram que ele responde a outro processo pelo mesmo delito, o que, por si só, constitui fundamento capaz de afastar a aplicação da causa especial de diminuição da pena**.

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.* [...] *CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA.* [...] *ORDEM NÃO CONHECIDA.*
>
> [...]
>
> *3. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*
>
> *4.* ***O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.***
>
> [...]
>
> *8. Habeas corpus não conhecido* (HC n. 359.728/RS, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018, grifei).

> *DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU.* [...] *AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1.* ***A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.*** *Precedentes.*
>
> [...]
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no REsp n. 1.678.417/GO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018, grifei).

<u>Fixação de regime inicial menos gravoso</u>

Em razão da quantidade de pena definitiva aplicada ao paciente – 7

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

anos de reclusão –, caberia a imposição do regime inicialmente semiaberto. No entanto, tendo em vista que a pena-base foi estabelecida 2/5 além do mínimo, não se verifica ilegalidade na manutenção do regime fechado, senão vejamos:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS* [...] *PLEITO SUBSIDIÁRIO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPROCEDÊNCIA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PENA DEFINITIVA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 3º, DO CP.*
>
> [...]
>
> *3.* ***A presença de circunstância judicial desfavorável, que condicionou a pena-base a um patamar acima do mínimo legal, possibilita, em conformidade com o art. 33, § 3º, do Código Penal, a exasperação do cárcere.***
>
> *4.* ***O regime inicial fechado é, na espécie, o mais adequado para a prevenção e a repressão do crime praticado, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, notadamente em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da quantidade de droga apreendida (AgRg no REsp n. 1.797.775/MS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/5/2019).***
>
> *5. Agravo regimental improvido* (AgRg no REsp 1.827.440/MG, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 05/11/2019, grifei).

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. PRECEDENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.*
>
> ***Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que "embora o paciente seja primário e a pena final tenha sido estabelecida em 8 anos de reclusão, a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas foram valoradas nas primeiras fases das respectivas dosimetrias das penas e justificam a imposição do regime inicial fechado nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 [...]" (AgRg no HC n. 458.664/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 31/10/2018, grifei), como se deu no caso dos autos.***
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no REsp 1.767.819/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018, grifei).

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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0

Inalterada a sanção, mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

Ante todo o exposto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
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: 004DD3B6-F62A-433C-9356-E37EE9ED79F0