

HABEAS CORPUS Nº 570.577 - SP (2020/0079740-9)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - SP310258
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN NEVES CAMPOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGAS (238 PORÇÕES DE COCAÍNA - 192,5 G; 296 PORÇÕES DE COCAÍNA, NA FORMA DE *CRACK* - 57,2 G; E 102 PORÇÕES DE MACONHA - 135,7 G). TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE. INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

Ordem concedida liminarmente, em parte, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Jonathan Neves Campos** contra ato coator da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tem-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 19/25 - Processo n. 1500426-97.2019.8.26.0348).

Defesa e acusação recorreram, tendo o Tribunal de Justiça negado provimento aos recursos, mantendo integralmente a sentença condenatória (fls. 26/41 - Apelação criminal n. 1500426-97.2019.8.26.0348).

Daí o presente *writ*, em que se alega constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, no afastamento do tráfico privilegiado, na fixação do regime fechado para o início de cumprimento da pena e na cassação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Pugna pela concessão liminar da ordem *para que se observe em relação ao paciente o regime ABERTO até o julgamento final deste habeas corpus*. No mérito, por

reduzir a pena-base para o mínimo legal; reconhecer a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3; fixar o regime inicial aberto e, substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fl. 12).

É o relatório.

Busca a impetração a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a incidência da minorante, em sua fração máxima, bem como a readequação do regime prisional.

De início, não vislumbro qualquer ilegalidade apta à concessão da ordem, visto que o Magistrado pode considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Extrai-se do acórdão ora impugnado (fl. 35):

[...]

Adotado o sistema trifásico de aplicação da pena e, em consonância com o artigo 59 do Código Penal, bem como atento ao que dispõe o artigo 42 da Lei n. 11.343/06, que determina, expressamente, considerar a quantidade e as características dos entorpecentes apreendidos (238 porções de cocaína -192,5g; 296 porções do mesmo entorpecente, na forma de crack - 57,2g; e 102 porções de maconha - 135,7g), a pena base foi corretamente fixada 1/6 acima do mínimo legal, partindo-se de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso.

Observa-se, pois, que a pena-base do paciente se afastou do mínimo legal com base na quantidade e variedade da droga apreendida - **238 porções de cocaína - 192,5 g; 296 porções de cocaína, na forma de crack - 57,2 g; e 102 porções de maconha - 135,7 g** -, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (grifo nosso).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MULA. REDUÇÃO EM 1/6 PROPORCIONAL. PRISÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA DE EFEITO AUTOMÁTICO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR NÃO CONHECIDO.

1. A quantidade da droga apreendida constitui fundamento válido para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei

11.343/2003.

[...]

(AgRg no AREsp 1.466.397/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/8/2019 - grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS, DEPÓSITO DE INSUMO OU PRODUTO QUÍMICO DESTINADO À PREPARAÇÃO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. NÃO CABIMENTO. VIA INADEQUADA. ABSORÇÃO DO DELITO DO § 1º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 PELO CAPUT DO MESMO ARTIGO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS CERTIFICADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASES. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS E DE PRODUTOS QUÍMICOS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART.

33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

5. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a elevada quantidade de entorpecentes (18,25kg de cocaína, 500g de maconha, 790g de crack) e de produtos apreendidos (5 galões e 11 garrafas de éter - 63 litros) para elevar em 2 anos as penas-bases dos delitos tipificados nos arts. 33, caput, e 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, o que não se mostra desproporcional.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 458.739/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/8/2019)

No que se refere à minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, verifico, também, que o Tribunal de Justiça pautou sua escolha em dados concretos, além, é claro, da quantidade e variedade da droga apreendida, pois o acusado *já respondia a outro processo por crime do mesmo jaez [...], quando, voltou a ser preso por tráfico de drogas, circunstância a comprovar, de modo inequívoco, que faz do crime o seu meio de vida, o que não se coaduna com um traficante ocasional, para o qual foi destinada a citada redução* (fl. 36).

Veja-se que houve fundamentação concreta para o afastamento da minorante, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas apreendidas, prontas para

serem comercializadas, mas, também, pela suposta reincidência do acusado.

De outra banda, no que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, tenho que razão assiste ao paciente.

De fato, a fundamentação adotada pelo Tribunal de Justiça para fixar o regime fechado não é idônea, porquanto lastreada na gravidade abstrata do delito, sem nenhum dado concreto que efetivamente justifique a medida mais gravosa; ainda mais, considerando que o paciente é primário e o *quantum* final da pena (5 anos), forçoso reconhecer aqui constrangimento ilegal apto à concessão da ordem.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N.º 11.343/2006. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...] **4. Situação concreta em que, embora praticado o crime de tráfico de drogas em concurso material com o de corrupção ativa, a pena final total é de 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime aberto, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da quantidade de drogas apreendidas.**

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente, quanto ao crime de tráfico de drogas, para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 200 (duzentos) dias-multa no mínimo legal, devendo o juiz da execução verificar a presença dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(HC n. 460.852/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 12/12/2018 – grifo nosso).

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem, **em parte**, apenas a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator