

**HABEAS CORPUS Nº 565.939 - SP (2020/0062158-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
BRUNO SHIMIZU - SP281123  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WASHINGTON ALVES DA COSTA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WASHINGTON ALVES DA COSTA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 8 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 816 dias-multa, e teve negado o direito de recorrer em liberdade pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 44/49).

O réu, na companhia de um adolescente, foi surpreendido na posse de **32,5g (trinta e dois gramas e cinco decigramas) de cocaína** acondicionados para venda a varejo (e-STJ fl. 77).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 72):

*MATERIALIDADE* - auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo comprovação que o material apreendido é droga (cocaína).

*AUTORIA* - depoimentos de policiais militares que indicam a apreensão de droga validade depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado inoportunidade no caso em tela.

*TRÁFICO* - destinação a terceiros indícios de quantidade incompatível com a figura de usuário; forma de acondicionamento próprio para venda; dinheiro em notas de pequeno valor; local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes.

*PENAS* - primeira fase aumento da pena base em 1/5 maus antecedentes, natureza e quantidade de droga manutenção segunda fase aumento de 1/6 reincidência manutenção terceira fase aumento de 1/6 artigo 40, inciso VI da Lei de nº 11.343/2006 inaplicado o redutor

# *Superior Tribunal de Justiça*

*previsto no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas reincidência mantença negado provimento.*

*REGIME - circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu quantidade e natureza das drogas apreendidas como indicativo de que não era um iniciante no crime reincidência e maus antecedentes indicando que regime menos gravoso não atende à finalidade preventiva específica Beccaria regime fechado negado provimento ao recurso, com determinação.*

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

Sustenta que *"da FA e da certidão de antecedentes do paciente consta a existência de duas condenações anteriores. Uma delas foi utilizada como reincidência e a segunda foi utilizada pelo juízo para o acréscimo de 1/5 da pena-base"* (e-STJ fl. 4).

Informa que *"a notícia que se tem pelo documento de fls. 127/129, assim, é da existência de duas ações com condenação já transitada em julgado, sendo que no feito 0011848-58.2002.8.26.0278 a extinção da pena privativa ocorreu em 2007, apenas com a extinção da multa dez anos depois, em 2017"* e reforça que *"trata-se, portanto, de condenação já muito antiga, que não deve ser utilizada em desfavor do apelante sob pena de tornar perpétuo o efeito da condenação"* (e-STJ fl. 5).

Pontua que a condenação utilizada para a exasperação da reprimenda básica já foi atingida pelo período depurador, não servindo para valorar negativamente os antecedentes do acusado.

Assere que, *"em grau de apelação, contudo, a pena-base foi mantida em patamar elevado, tendo os d. Desembargadores acrescentado menção à suposta 'elevada quantidade de droga'"* (e-STJ fl. 5), apesar desse argumento não ter sido utilizado na sentença condenatória.

Aduz que, *"em relação à quantidade de drogas, ainda que tenha sido reputada elevada pelo Tribunal, é certo que a apreensão de 32 gramas de cocaína não permite um aumento da pena-base, sobretudo em patamar tão elevado"* (e-STJ fl. 8).

Dessa forma, *"requer-se a concessão da ordem a fim de que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal (ou, subsidiariamente, reduzida a fração de aumento para 1/6), recalculando-se a pena"* (e-STJ fl. 8).

Sem pedido liminar.

Informações prestadas (e-STJ fls. 89/103).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 105/110).

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, o cálculo a pena foi realizado em primeiro grau consoante a transcrição abaixo (e-STJ fls. 47/48):

*Passo à dosimetria da pena.*

*Atento aos critérios do artigo 59 do Código Penal, analiso cada uma das circunstâncias judiciais. A culpabilidade resta patente no caso, agindo o autor de modo censurável. Antecedentes, para fins de aplicação da pena base, deve ser considerado como tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal ao agente antes da prática do fato criminoso a ser julgado. **O réu é reincidente em tráfico.** Nenhuma informação nos autos de fatores desabonadores de sua conduta social. **A personalidade é voltada ao cometimento de delitos, tanto que o réu ostenta maus antecedentes criminais.** Não é o caso de fixação de pena mínima para o réu pelos motivos já exarados de modo que **fixo em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, no mínimo valor legal.***

*Em segunda fase da aplicação da pena o magistrado deve apreciar a existência e incidência de agravantes e atenuantes. No presente caso, como já ressaltado, **incide a agravante da reincidência** (certidões de fls. 127/129) (**eleva em 1/6**). Ausente a atenuante da confissão.*

*Presente a causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei (envolveu o adolescente Roberval), elevando-se a pena em mais 1/6. Inaplicável o redutor do §4º do art. 33 da Lei (reincidência específica) de modo que fica em definitiva no montante de 8 anos e 2 meses de reclusão e 816 dias-multa, no mínimo valor legal, no valor de 1/30 do maior salário mínimo mensal vigente à época do fato.*

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto ao tema (e-STJ fls.

80/82):

*Na primeira fase, a r. sentença fixou a pena base em 1/5 acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes do acusado, totalizando 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias multa.*

*Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade.*

*No caso, a droga apreendida foi cocaína, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.*

*Observo ainda que foi apreendida considerável quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.*

*Deste modo, o aumento da pena base em 1/5, mostrou-se tímido, o que se mantém pela ausência de recurso ministerial.*

*Na segunda fase, ausentes atenuantes. A pena foi agravada em 1/6 em razão da reincidência 20 do acusado, perfazendo o total de 07 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa.*

*Na terceira fase, a pena foi majorada em 1/6 em razão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, pelo envolvimento do adolescente Roberval, totalizando 08 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 816 dias-multa.*

*Inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, vez que o acusado é reincidente .*

*Não há que se falar em bis in idem pelo fato de a reincidência ter sido utilizada para a exasperação da pena na segunda fase e para a não aplicação do redutor na terceira, conforme alega a defesa. Isto porque quando se ostenta condenação anterior na prática de outro crime, é indicativo de que se dedica a prática de atividades criminosas. Além disso, o referido redutor se trata de causa especial de diminuição de pena, na qual a reincidência impede a concessão do redutor e, portanto pode ser novamente considerada, tendo em vista a existência de comando específico nesse sentido [...]*

*No mesmo sentido em decisão plenária do Supremo Tribunal Federal 23 ficou consignado que as repercussões legais da reincidência são múltiplas, não restritas ao agravamento da pena, sem que isso contrarie a individualização da pena.*

*Assim mantenho o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e torno definitiva a reprimenda em 08 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 816 dias-multa.*

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

**Da pena-base**

O legislador não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado.

Além disso, a legislação ordinária não exige que as circunstâncias judiciais sejam todas consideradas desfavoráveis para a fixação da pena em patamar superior ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal.

Sob esse prisma, não vislumbro o suscitado constrangimento ilegal, uma vez que não prospera a alegação da defesa de que, transcorrido o período depurador, não deve ser considerada a condenação para fins de caracterizar os maus antecedentes, já que referido período de cinco anos afasta a reincidência, mas não retira a valoração negativa dos antecedentes. A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PERÍODO DEPURADOR NÃO AFASTA OS MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. NÃO INCIDÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes.*

*2. Sendo o agravante possuidor de maus antecedentes, não há como ser beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.*

*3. A quantidade e variedade de drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso.*

*4. Não há bis in idem na utilização da quantidade e natureza da droga para exasperar a pena-base e promover o recrudescimento do regime prisional.*

*5. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1124693/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 02/05/2018, grifei).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. ART. 33, § 4º. LEI N. 11.343/2006. AGRAVO DESPROVIDO.*

*1. As condenações anteriores alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podem configurar maus antecedentes e, assim, justificar o aumento da pena-base, bem como impedir o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

*2. Agravo desprovido (AgRg no HC 499.139/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019, grifei).*

No entanto, entendo que o aumento operado na primeira etapa da dosimetria em 1/5 mostra-se desproporcional, razão pela deve ser readequado o cálculo com a elevação da fração no montante de 1/6.

Passo, assim, à **readequação da pena**, nos parâmetros de origem.

Na primeira fase, **aumento a pena-base em 1/6**, o que perfaz **5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa**.

Na segunda fase, mantenho a elevação da reprimenda em 1/6, em face da reincidência, o que resulta em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 680 dias-multa.

Na fase derradeira, pela causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, permanece a exasperação em 1/6, o que torna a sanção definitiva em **7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, e 793 dias-multa**.

Ante o exposto, **concedo a ordem** a fim de readequar a fração de aumento da pena-base para 1/6 e fixar a reprimenda definitiva do paciente para **7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, e pagamento de 793 dias-multa**.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator