

HABEAS CORPUS Nº 458.374 - SC (2018/0168682-6)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EVANDRO VIEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de EVANDRO VIEIRA no qual se aponta como autoridade coator o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 2013.024381-3).

Consta dos autos que foi o paciente denunciado pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput*, e 35, c/c o art. 40, inciso V, todos da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico).

Nos termos da peça acusatória, o paciente e os demais acusados foram surpreendidos na posse de aproximadamente **658g (seiscentos e cinquenta e oito gramas) de crack e 49g (quarenta e nove gramas) de cocaína**.

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado à pena de 13 (treze) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 1.750 (mil, setecentos e cinquenta) dias-multa.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Entretanto, os desembargadores integrantes da Terceira Câmara de Direito Criminal deram parcial provimento ao recurso para redimensionar a sanção do paciente para 12 (doze) anos, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 1.599 (mil, quinhentos e noventa e nove) dias-multa.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública a ilegalidade, ante a ausência de fundamentos suficientes, do acórdão que manteve a pena-base acima do mínimo legal. Sublinha, ainda, a desproporcionalidade da redução operada diante do reconhecimento da atenuante da confissão.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 186/188).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 358/365).

É o relatório.

Decido.

Na espécie, o Magistrado, fixou as penas-base acima do mínimo legal tendo em vista estes fundamentos (e-STJ fls. 76/79):

G.1) Do réu Evandro Vieira O réu Evandro Vieira é imputável, pois inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com a sua vontade.

G.1.1) Do crime capitulado no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006:

Primeira fase – circunstâncias judiciais (art. 59, CP e art. 42 e 43, Lei n.º 11.343/06): a) culpabilidade: trata-se do grau de censurabilidade da conduta (reprovabilidade), não se referindo à consciência da ilicitude. Neste sentido: "A consciência da ilicitude de sua conduta é pressuposto para a aplicação da pena, que não afeta a culpabilidade do agente". 3 No caso concreto, a culpabilidade deve ser considerada normal à espécie; b) antecedentes: o acusado é primário, não registrando antecedentes criminais (fls. 358/359); c) conduta social do agente: não há elementos nos autos para análise da conduta social; d) personalidade: inexistem elementos nos autos para aferir acerca da personalidade do réu; e) circunstâncias: foram normais à espécie; f) consequências do crime: Graves. Além das consequências já inerentes ao tipo, o tráfico desenvolvido pelo acusado tirava a tranquilidade da população que residia

em toda a Rua Etelvina de Almeida Pires, conhecida como Rua "Velha", no Bairro São Cristóvão, em Três Barras/SC, tanto que apenas após a prisão do acusado e seus comparsas é que cessou a venda de drogas e a comunidade passou a viver em paz (vide relato do policial Jean Cleber Gevieski, da testemunha Pedro Paulo Ribeiro e da informante Olivia Gonçalves). É que o acusado distribuía droga para diversos pontos de drogas, todo situados na citada rua, o que gera indubitosa circulação em massa de usuários, deixando toda a comunidade intranquila com crimes contra o patrimônio e mesmo contra a vida; g) motivos: da análise dos autos não se vislumbra motivos relevantes para interferirem na consolidação da pena base; h) comportamento da vítima:

não há que se falar em comportamento da vítima na espécie; i) natureza e quantidade da substância apreendida: as drogas apreendidas nos autos, que por Evandro estavam sendo transportadas e por ele seriam fornecidas aos outros acusados, trata-se de 49,24g de cocaína e 658,30g de crack (laudo pericial de fls. 20/23), esta última, como se vê, em expressiva quantidade. De se ressaltar, ainda, que o crack é das drogas mais devastadoras, com alto efeito nocivo e que causa o vício rapidamente em seus usuários.

Sopesadas estas circunstâncias, que em seu conjunto não são de todas desfavoráveis ao acusado, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão (acréscimo de 1/6 da pena base para cada circunstância judicial negativa) e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Segunda fase – circunstâncias legais (arts. 61 a 66, CP): a) agravantes: não há; b) atenuantes: não há. Registro que a confissão do acusado foi qualificada, já que não admitiu o tráfico de drogas (apenas o transporte da droga), mentiu a respeito da união de desígnios com outros acusados, bem como a origem da droga (disse que não a trouxe de Curitiba/PR para se eximir da causa de aumento).

Terceira fase – causas especiais de aumento e diminuição de pena:

a) aumento de pena: como causas de especial aumento, presentes o tráfico em transporte público (art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06) e o tráfico entre Estados da Federação (art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006), pelo que aumento a pena em 1/4 (um quarto), em atenção ao princípio da proporcionalidade (conforme fundamentação no corpo da sentença), perfazendo o montante de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa; b) diminuição de pena: não há.

Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (art. 49, §1º, CP e 43 da Lei nº 11.343/06), já que as provas dão conta que o acusado não exercia atividade laborativa desde abril de 2012.

G.1.2) Do crime capitulado no artigo 35, caput, da Lei n. 11.343/2006:

Primeira fase – circunstâncias judiciais (art. 59, CP e art. 42 e 43, Lei n.º 11.343/06): a) culpabilidade: trata-se do grau de censurabilidade da conduta (reprovabilidade), não se referindo à consciência da ilicitude. Neste sentido: "A consciência da ilicitude de sua conduta é pressuposto para a aplicação da pena, que não afeta a culpabilidade do agente". No caso concreto, a culpabilidade deve ser considerada normal à espécie; b) antecedentes: o acusado é primário, não registrando antecedentes criminais (fls. 358/359); c) conduta social do agente: não há elementos nos autos para análise da conduta social; d) personalidade: inexistem elementos nos autos para aferir acerca da personalidade do réu; e) circunstâncias: foram normais à espécie; f) consequências do crime: Graves. Além das consequências já inerentes ao tipo, o tráfico desenvolvido pelo acusado tirava a tranquilidade da população que residia em toda a Rua Etelvina de Almeida Pires, conhecida como Rua "Velha", no Bairro São Cristóvão, em Três Barras/S C, tanto que apenas após a prisão do acusado e seus comparsas é que cessou a venda de drogas e a comunidade passou a viver em paz (vide relato do policial Jean Cleber Gevieski, da testemunha Pedro Paulo Ribeiro e da informante Olivia Gonçalves). É que o acusado distribuía droga para diversos pontos de drogas, todo situados na citada rua, o que gera indubitosa circulação em massa de usuários, deixando toda a comunidade intranquila com crimes contra o patrimônio e mesmo

contra a vida; g) motivos: da análise dos autos não se vislumbra motivos relevantes para interferirem na consolidação da pena base; h) comportamento da vítima:

não há que se falar em comportamento da vítima na espécie; i) natureza e quantidade da substância apreendida: as drogas apreendidas nos autos, que por Evandro estavam sendo transportadas e por ele seriam fornecidas a outros acusados, trata-se de 49,24g de cocaína e 658,30g de crack (laudo pericial de fls. 20/23), esta última, como se vê, em expressiva quantidade. De se ressaltar, ainda, que o crack é das drogas mais devastadoras, com alto efeito nocivo e que causa o vício rapidamente em seus usuários.

Sopesadas estas circunstâncias, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão (aumento de 1/6 da pena base por circunstância judicial negativa) e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa.

Segunda fase – circunstâncias legais (arts. 61 a 66, CP): a) agravantes: Presente a agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, pois restou comprovado que o acusado era responsável por buscar a droga no vizinho Estado do Paraná e vendê-la a seus "empregados", que por sua vez eram responsáveis pelas "biqueiras" (pontos de vendas de drogas para usuários). Dessa forma, majoro a reprimenda em 6 (seis) meses, perfazendo 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão;

b) atenuantes: não há.

Terceira fase – causas especiais de aumento e diminuição de pena:

a) aumento de pena: como causas de especial aumento, presentes o tráfico em transporte público (art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06) e o tráfico entre Estados da Federação (art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006), pelo que aumento a pena em 1/4 (um

quarto), em atenção ao princípio da proporcionalidade (conforme fundamentação no corpo da sentença), perfazendo o montante de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 1.000 (mil) dias-multa; b) diminuição de pena: não há.

Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (art. 49, §1º, CP e 43 da Lei nº 11.343/06), já que as provas dão conta que o acusado não exercia atividade laborativa desde abril de 2012.

G.1.3) do concurso de crimes Aplicando-se o disposto no art. 69 do Código Penal, haja vista que com mais de uma ação o acusado cometeu dois crimes, tem-se que a pena resta definitivamente fixada em 13 (treze) anos e 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 1.750 (um mil setecentos e cinquenta) dias-multa.

O colegiado local, para reformar em parte o édito condenatório, apresentou as seguintes justificativas (e-STJ fl. 122/124):

4.1 Do acusado Evandro Ribeiro

4.1.1 Da pena relativa ao crime de tráfico de drogas Na primeira

fase, a pena-base foi estabelecida, acertadamente.

acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, em razão da natureza e quantidade das drogas apreendidas (49,24g de cocaína e 658,30g de crack), bem como pela análise desfavorável das consequências do crime, consideradas grave, pois:

[...]

Logo, não merece reparos.

Na segunda fase, não incidiram agravantes ou atenuantes. Ao negar o reconhecimento da confissão espontânea (art. 65, 111, "d", do Código Penal), o Sentenciante justificou que "a confissão do acusado foi qualificada, já que não admitiu o tráfico de drogas (apenas o transporte da droga), mentiu a respeito da união de desfechos com outros acusados, bem como a origem da droga (disse que não a trouxe de Curitiba/PR para se eximir da causa de aumento)" (fl. 419). Todavia, apesar de ter negado o comércio da droga e a ligação com os demais acusados, ao admitir que estava transportando a droga apreendida consigo, ainda que alegue que fazia apenas o serviço de "mula", o réu admitiu o tráfico, já que o "transporte" é uma das condutas previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Dessa forma, mesmo que parcial, a atenuante da confissão deve ser considerada na dosimetria da pena, mormente porque serviu para amparar o decreto condenatório. Assim, reduz-se a sanção em 5 (cinco) meses, por derradeiro, remanescendo apenas uma causa especial de aumento de pena (art. 40, V, da Lei de Drogas), majora-se a pena em 1/6 (um sexto). Nesse ponto, a defesa postula a aplicação da redutora descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. O pleito, contudo, não prospera. Como se sabe, "confirmada a condenação do réu no crime de associação, não há como se prover o pedido de concessão do benefício do Brl, 33, § 4º, da Lei Antidrogas, uma vez que há flagrante incompatibilidade entre os dois dispositivos" (Apelação Criminal. n. 2009.031170-4, de Gaspar, rel. Alexandre d'Ivanenko, j. em 31/8/2009).

[...]

Além disso, a habitualidade na prática delitiva demonstra a dedicação à atividade criminosa, o que, por si só, impede a aplicação do benefício.

Assim ausentes causas de diminuição, a pena totaliza 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

4.1.2 Da pena relativa ao crime de associação para o tráfico Na primeira fase, tendo em vista a avaliação desfavorável dos mesmos elementos mencionados no tópico anterior, a pena-base foi estabelecida com acerto em 4 (quatro) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

Na segunda etapa, a reprimenda foi aumentada em 6 (seis) meses em face da agravante prevista no inciso I do art. 62 do Código Penal, o que se mantém, pois ficou demonstrado que Evandro era quem

dirigia a atividade dos demais réus. Inexistem atenuantes, lembrando que o acusado em momento algum admitiu que estava associado aos demais acusados para a prática da narcotraficância, o que impede o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Por fim, remanescendo apenas uma causa especial de aumento (art. 40, V, da Lei de Drogas), a pena é aumentada em 1/6 (um sexto), totalizando 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

4.1.3 Aplicada a regra do concurso material de crimes, a reprimenda resuija definrtiva em 12 (doze) anos, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. além de 1599 (mil quinhentos e noventa e nove) dias-multa, fixados cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Praticada a infração penal, surge para o Estado o direito de aplicar a sanção penal abstratamente cominada, modo de retribuir o mal causado pelo acusado e meio supostamente eficiente de evitar a reincidência. Nesse tear, demanda-se a estrita observância do devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que aplica ao acusado a reprimenda individualizada de acordo com a gravidade do delito e com as condições pessoais do sentenciado.

A primeira etapa de fixação da reprimenda, como é cediço, tem como objetivo estabelecer a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado do tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade, é imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

Nesse palmilhar, diante do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, parece-me suficiente, a motivar a exasperação da pena-base, a menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado – **658g (seiscentos e cinquenta e oito gramas) de crack e 49g (quarenta e nove gramas) de cocaína** –, porquanto bastante a diferenciar a situação retratada no processo em desfile da

apreensão de outros materiais tóxicos igualmente capazes de configurar o delito de tráfico de entorpecentes.

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: editora Juspodivm, 2015, p. 808).

A jurisprudência desta Casa é pacífica nesse sentido.

Vejam-se, a propósito, os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Mostra-se devido o aumento da pena-base em razão da elevada quantidade de drogas apreendidas - 7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína -, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

6. Recurso especial parcialmente provido, a fim de aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do recorrente para 2 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa.

(REsp 1294278/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 12/04/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.

QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, o Juízo de primeira instância apontou elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, haja vista que a empreitada criminosa envolveu cocaína e crack, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios. Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n.º 0007537-29.2014.8.26.0302, para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 354.611/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/08/2016, grifei.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 231 DO STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CAUSA DE AUMENTO PELA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (3,5kg de cocaína).

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 487.774/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 28/08/2015, grifei.)

É sempre importante lembrar, diante do contexto em análise, que as consequências a serem consideradas para a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal devem ser anormais à espécie, extrapolando o resultado típico esperado da conduta, espelhando, por conseguinte, a extensão do dano produzido pela prática criminosa, sua repercussão para a própria vítima ou para a comunidade.

Consoante se observa dos trechos acima transcritos, no caso, o Magistrado sentenciante considerou desfavoráveis as consequências do crime, porquanto os delitos desenvolvidos retiravam a tranquilidade da população.

Entrementes, a orientação estabelecida pela jurisprudência desta Casa proclama que as "*consequências nefastas, vitimando toda a sociedade, mormente os jovens, por serem ínsitas ao delito de tráfico, não podem ser consideradas para o agravamento da pena-base*" (REsp n. 1135435/ES, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 2/2/2016).

Com efeito, a "*nocividade, em tese, do tráfico de entorpecentes para a população, sem a indicação de um elemento sequer atinente ao caso concreto, não constitui motivação idônea para a exacerbação da sanção. Violação dos princípios da persuasão racional e da individualização da pena*" (HC n. 231.541/SP, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 13/8/2012).

Assim, parece-me insuficiente a fundamentação apresentada na origem e desproporcional a exasperação das penas-base, porquanto os elementos apresentados pelas instâncias não transcendem o resultado típico, são inerentes aos crimes de tráfico de entorpecentes e de associação e já foram sopesados pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato dos delitos.

Em casos semelhantes ao que se encontra agora sob nossos cuidados, o Superior Tribunal de Justiça decidiu desta forma:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS.

PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ELEMENTOS CONCRETOS RELACIONADOS APENAS À CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

4. Os motivos e as consequências do crime, quando inerentes ao crime de tráfico, não justificam a exasperação da pena-base, pois já considerados pelo legislador para cominar a pena em abstrato e para classificar o crime como equiparado a hediondo. O lucro fácil em detrimento dos usuários e o círculo criminoso desencadeado pelo tráfico, registrados no acórdão impugnado, são elementos intrínsecos ao tipo descrito no art. 33, da Lei n. 11.343/2006 e evidenciam o vício de fundamentação do decisum.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a ilegalidade na primeira fase da dosimetria, redimensionar a pena-base do paciente e fixar em 5 anos e 6 meses de reclusão sua reprimenda definitiva.

(HC 211.355/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 6.368/1976. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. INTERROGATÓRIO DOS RÉUS. AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. INQUIRIRÇÃO OCORRIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 10.792/2003. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CONDUTA SOCIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. PROCESSOS PENAIIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

[...]

5. Os danos gerais à sociedade e à saúde dos usuários de drogas, conquanto desastrosos, são consequências próprias ao delito de tráfico e não servem como suporte apto a aumentar a pena-base.

[...]

8. Ordem concedida em parte, para reduzir a pena-base dos pacientes e, consequentemente, estabelecer definitivamente a pena em 3 anos e 1 mês de reclusão e 57 dias-multa, quanto a Vera Lúcia Becker Bogaski, e 3 anos e 4 meses de reclusão e 57 dias-multa, quanto a Antônio Aparecido Martins.

(HC 217.134/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR,

SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 07/05/2012, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EXAMINADO POR ESTA CORTE. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO À REVISÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA EM PARTE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

5. Constata-se constrangimento ilegal evidente no tocante à pena-base. O magistrado, com relação à culpabilidade, os motivos e as consequências de ambos os crimes, limitou-se a tecer considerações de ordem genérica. Entendeu prejudiciais tais aspectos sem apontar motivação concreta, bem como utilizando-se de elementos inerentes ao próprio tipo penal, como o intuito de auferir riqueza e a disseminação do vício. O mesmo se deu quanto às circunstâncias do crime de associação, em que o Juiz restringiu-se a afirmar serem "graves para a paz pública". Contudo, quanto ao crime de tráfico de drogas, justifica-se a fixação da sanção acima do piso, pois o Juiz ressaltou as circunstâncias desfavoráveis do delito, em especial a quantidade e natureza da droga (mais de 1 kg de crack), questões, inclusive, preponderantes, a teor do art. 42 da Lei 11.343/06.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a sanção imposta à paciente a 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 1.000 (mil) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 197.673/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 18/02/2013, grifei.)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (33 G DE CRACK E 95 G DE MACONHA). FALTA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 284/STF. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DANOS À SAÚDE PÚBLICA. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. PERSONALIDADE. MENÇÃO À EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRETÉRITA. UTILIZAÇÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 444/STJ. ILEGALIDADES FLAGRANTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOLO ASSOCIATIVO. ESTABILIDADE. PERMANÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO DEVIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONFISSÃO. UTILIZAÇÃO. FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO DEVIDA. SÚMULA 545/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SÚMULA 440/STJ.

[...]

3. É cediço o entendimento de que os danos à saúde pública são inerentes ao tipo penal de tráfico de drogas, não justificando a negatificação das consequências do crime.

[...]

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para fixar as penas-base no mínimo legal. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de absolver os recorrentes da imputação de prática do crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da mesma Lei, na fração de 1/2, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e fixar o regime inicial aberto, devendo o Juízo da execução verificar o preenchimento do requisito subjetivo para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Redimensionadas as reprimendas nos termos do voto.

(REsp 1687995/TO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017, grifei.)

Passo, pois, à alegação de desproporcionalidade da redução operada na segunda etapa da dosimetria.

No particular, rememoro que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou de redução de pena em razão da incidência das agravantes e das atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sendo assim, a redução da reprimenda em razão da incidência de circunstância atenuante deve respeitar, em regra, a fração de 1/6 (um sexto), salvo situações excepcionais, devidamente justificadas.

No caso em desfile, o colegiado local, durante o cálculo da reprimenda, na segunda etapa da dosimetria, apontou uma circunstância atenuante, qual seja, a confissão, diminuindo a pena em 5 (cinco) meses sem apresentar nenhuma justificativa a motivar a fração escolhida.

Desse modo, evidente a desproporcionalidade da redução operada em decorrência do reconhecimento da atenuante da confissão, merecendo, no pormenor, ser reformada a sentença condenatória, incidindo sobre a reprimenda básica do crime de tráfico de drogas a diminuição de 1/6 (um sexto).

Passo, assim, à readequação das reprimendas do paciente.

Para o crime de tráfico de entorpecentes, diante da quantidade e da natureza do material tóxico apreendido, estabeleço a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda etapa do cálculo, presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo a sanção em 1/6 (um sexto), alcançando a pena intermediária o *quantum* de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, observado o disposto no enunciado 231 da Súmula desta Casa. Na terceira fase, presente a causa de aumento descrita no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, mantenho o acréscimo de 1/6 (um sexto) e torno a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Para o crime de associação para o tráfico, diante da quantidade e da natureza do material tóxico apreendido, estabeleço a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal – 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa. Na segunda etapa do cálculo, presente a agravante descrita no art. 62, inciso I, do Código Penal, mantenho o aumento de 1/6 (um sexto), alcançando a pena intermediária o *quantum* de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, mais 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa. Na terceira fase, presente a causa de aumento descrita no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, mantenho o acréscimo de 1/6 (um sexto) e torno a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, mais 1.110 (mil, cento e dez) dias-multa.

Somadas as penas, nos termos do art. 69 do Código Penal, a sanção definitiva do paciente fica estabelecida em 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, mais 1.693 (mil, seiscentos e noventa e três) dias-multa.

Ante o exposto, **concedo a ordem, nos termos acima referidos, para redimensionar a sanção definitiva do paciente para 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, mais 1.693 (mil, seiscentos e noventa e três) dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão local.**

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator