

HABEAS CORPUS Nº 450.602 - SP (2018/0117502-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP0318411
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE LUIZ PEDRO DA SILVA
PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS
PACIENTE : FERNANDO SOUZA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOSE LUIZ PEDRO DA SILVA, RAFAEL DOS SANTOS e FERNANDO SOUZA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foram os pacientes condenados, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), às penas de:

a) JOSE LUIZ PEDRO DA SILVA – 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa;

b) RAFAEL DO SANTOS – 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa; e

c) FERNANDO SOUZA SILVA – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Isso porque:

a) JOSE "*trazia consigo, para fins de entrega a terceiros, 01 (uma) porção de cocaína, com peso líquido de 279,64g (duzentos e setenta e nove gramas e sessenta e quatro decigramas) e 01(um) 'tijolo' de Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como 'maconha', com peso líquido de 328,9g (trezentos e vinte e oito gramas e nove decigramas), substâncias entorpecentes e que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar*" (e-STJ fl. 10);

b) RAFAEL "*trazia consigo, para fins de entrega a terceiros, 02 'tijolos' de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como 'maconha', com peso*

líquido de 479,4g (quatrocentos e setenta e nove gramas e quatro decigramas), substância entorpecente e que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar" (e-STJ fl. 10); e

c) FERNANDO *"trazia consigo, para fins de entrega a terceiros, 01 (um) 'tijolo' de Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como 'maconha', com peso líquido de 66,3g (sessenta e três gramas e três decigramas), substância entorpecente e que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar"* (e-STJ fls. 10/11).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público estadual interpuseram recurso de apelação no Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial, *"para majorar as reprimendas dos réus José Luiz Pedro da Silva, Rafael dos Santos e Fernando Souza Silva para, respectivamente, 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e pagamento de 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa mínimos; 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 906 (novecentos e seis) dias-multa menores e 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa menores, mantida, no mais, a respeitável sentença apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos"* (e-STJ fl. 91).

Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fl. 92):

Tráfico ilícito de entorpecentes - Recursos ministerial e defensivos - Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da prática delitiva - Absolvição ou Desclassificação - Descabimento - Penas-base majoradas, a teor do disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, e no artigo 59, do Código Penal, com afastamento da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, com relação ao réu José Luiz - Compensação entre a reincidência e a confissão espontânea de Fernando - Necessidade, pela equivalência, no caso em concreto, entre as circunstâncias agravante e atenuante - Montantes punitivos redimensionados - Sentença reformada nessa extensão - Recursos defensivos desprovidos e insurgência ministerial parcialmente provida.

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo afirma que *"a pena base dos apelantes foi fixada acima do mínimo legal"* (e-STJ fl. 2) e que,

"desde logo, há que se recordar do princípio da individualização da pena, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, como meio de controle e de legitimação destas. Significa dizer que, no tocante à dosimetria da pena, esta não pode aplicada arbitrariamente, com base, por exemplo, em considerações genéricas ou abstratas" (e-STJ fl. 3).

Sustenta que "meras considerações acerca da gravidade da conduta não justificam o agravamento da reprimenda. Ademais, este critério de avaliação das circunstâncias judiciais (quantidade/variedade/natureza) é, para dizer o menos, de difícil aplicação, dada a ausência de parâmetros mínimos para a análise, a justificar a fixação da pena-base acima do piso" (e-STJ fl. 3).

Alega que "trata-se de juízo completamente arbitrário, mormente se considerado que a quantidade/variedade/natureza de droga em poder dos pacientes é inferior à corriqueira no âmbito da Justiça Federal, por exemplo, que diuturnamente se depara com expressões significativamente maiores localizadas no Aeroporto Internacional de Guarulhos. Ademais, não é qualquer quantidade que justifica a majoração da pena. Entende o STJ ser quantidade que justifica a majoração da pena quantidades extremamente maiores" (e-STJ fls. 3/4).

Destaca que "em poder de Fernando havia apenas e tão somente maconha. Substância esta que tem a sua ilegalidade discutida pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, trata-se de quantidade pequena, já compatível com a pena mínima prevista no tipo" (e-STJ fls. 4/5), concluindo que, dessa forma, "de rigor a fixação da pena no mínimo legal" (e-STJ fl. 5).

Aduz que, "com relação aos pacientes José e Rafael, é certo que houve, ainda, entre eles, uma desproporção na aplicação da exasperação da pena mínima. Para ambos fora reconhecida a mesma circunstância judicial desfavorável: quantidade e natureza da droga. Para Rafael fora, ainda, reconhecido mau antecedente. Ora, ainda que havendo diferenças nas quantidades de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a exasperação se deu no mesmo patamar" (e-STJ fl. 5).

Por isso, requer "seja a pena base dos pacientes fixadas no mínimo legal, ou subsidiariamente, seja reduzido o quantum de aumento também de Rafael e

Superior Tribunal de Justiça

José para 1/6, mais adequado ao caso em questão" (e-STJ fl. 5).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 116/120).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 186/191).

É o relatório.

Decido.

No caso, o colegiado local, para dar parcial provimento ao recurso interposto pela acusação, apresentou estas justificativas (e-STJ fls. 91/111):

No entanto, parcial razão assiste ao apelo ministerial no sentido de se ajustar as reprimendas dos réus, com o objetivo de melhor satisfazer a reprovabilidade das condutas perpetradas, sopesado o desfavorecimento das circunstâncias judiciais e fáticas concretamente aferidas, como, a seguir, se verá.

• *José Luiz Pedro da Silva: A teor da autorizável do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, impõe-se a exasperação da basilar em 1/3, tendo em conta, especialmente, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (uma porção de cocaína, substância de alto poder viciante e destrutivo, com 279,64 gramas, e um tijolo de maconha, de 328,9 gramas). Na etapa intermediária, diminui-se a reprimenda em 1/6, diante da atenuante da menoridade relativa (fls. 40). a última fase, mantém-se o acréscimo de 1/6, pelo implemento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas (restou amplamente evidenciado que o delito foi praticado nas dependências de estabelecimento prisional).*

[...]

Logo, a par da primariedade (já que a respectiva condenação criminal – consoante fls. 223/224 – não transitou em julgado), a dinâmica fática se mostra incompatível com a referida benesse legal, já que o sentenciado foi surpreendido, enquanto cumpria o regime prisional intermediário, dentro do estabelecimento carcerário, com quantidade significativa de entorpecentes (mais de quinhentos gramas, entre maconha e cocaína), de natureza altamente viciante e destrutiva, que, se fracionados, poderiam produzir inúmeras porções individuais, de sorte a atingir muitos detentos, pessoas ali reunidas para ressocialização social. Como se vê, tais circunstâncias são inconciliáveis com a figura do traficante ocasional, sujeito ativo a quem a lei objetiva emprestar tratamento diferenciado, razão pela qual inaplicável a redução especial operada monocraticamente.

Assim sendo, a pena totaliza definitivamente 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa mínimos.

• *Rafael dos Santos: A teor das autorizáveis previstas no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, e no artigo 59, do Código Penal, impõe-se a*

exasperação da basilar em 1/3, tendo em conta, especialmente, a quantidade dos entorpecentes apreendidos (dois tijolos de maconha, com 479,4 gramas) e a má-antecedência (condenação criminal definitiva revelada pela certidão de fls. 220). Na etapa intermediária, a reincidência delitiva (condenação criminal definitiva revelada pela certidão de fls. 221) exige o acréscimo de mais 1/6. Na última fase, mantém-se a elevação de 1/6, pelo implemento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas (restou amplamente evidenciado que o delito foi praticado nas dependências de estabelecimento prisional). Outrossim, a reincidência e a má-antecedência, sem olvidar o circunstanciamento do tráfico ora denunciado, afastam, por expressa vedação legal, a aplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Destarte, a reprimenda perfaz, em definitivo, 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 906 (novecentos e seis) dias-multa menores.

• *Fernando Souza Silva: A teor da autorizável do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, impõe-se a exasperação da basilar em 1/6, tendo em conta, especialmente, a quantidade do entorpecente apreendido (um tijolo de maconha, com 66,3 gramas).*

Na etapa intermediária, de rigor a manutenção da compensação entre a reincidência delitiva (condenação criminal definitiva revelada pela certidão de fls. 226) e a confissão espontânea, já que se trata de apenas uma condenação criminal, que não é específica, entendendo-se, nesse caso, pela equivalência entre as aludidas circunstâncias agravante e atenuante. Na última fase, mantém-se o acréscimo de 1/6, pelo implemento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas (restou amplamente evidenciado que o delito foi praticado nas dependências de estabelecimento prisional). Outrossim, a reincidência, sem olvidar o circunstanciamento do tráfico ora denunciado, afasta, por expressa vedação legal, a aplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Desse modo, a pena alcança, de forma definitiva, 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa menores.

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 descrito 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.

De mais a mais, para os crimes relacionados ao tráfico de drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

Rememoro, a propósito, que o legislador ordinário 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.

Na primeira fase de dosimetria, o colegiado local considerou como desfavorável aos pacientes a circunstância relativa à quantidade e à natureza dos entorpecentes apreendidos. Destacou, vimos, a expressiva quantidade de material tóxico apreendido em poder dos acusados – 279g (duzentos e setenta e nove gramas) de cocaína e 873g (oitocentos e setenta e três gramas) de maconha. Tal o contexto, sobretudo por se tratar de circunstância preponderante na fixação da reprimenda, não observo teratologia manifesta no cálculo da reprimenda.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 6.368/1976). DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MAJORANTE RELATIVA À ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO E

QUANTUM DAS MAJORANTES. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA NA INTEGRALIDADE. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Uma vez que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente, sobretudo porque não houve desproporcionalidade no aumento de 2 anos na primeira fase da dosimetria, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 3 a 15 anos de reclusão. De fato, as peculiaridades do caso concreto, em que houve a apreensão de mais de 18 kg de cocaína, em contexto de tráfico transnacional de drogas, justificam maior reprimenda penal.

[...]

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, com devolução dos autos ao Tribunal de origem, para nova análise dos temas indicados no voto do relator.

(HC 181.204/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

3. A pena-base foi fixada em 2 anos acima do piso mínimo e, ao contrário do que alega o impetrante, não há falar em ausência de justificativa, porquanto, lastreada no caso concreto, a motivação foi baseada na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes, 105 porções de maconha, 105 porções de cocaína e 176 porções de crack.

[...]

5. É adequado o regime fechado de cumprimento da pena para o total da reprimenda fixada, acima de 8 anos de reclusão.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 335.784/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei.)

Superior Tribunal de Justiça

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator