



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 682409 - SP (2021/0232759-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EZEQUIEL MOREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de EZEQUIEL MOREIRA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal n. 1501580-13.2020.8.26.0544).

O paciente foi condenado às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 667 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 61, inciso II, alínea *j*, do Código Penal.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para fixar as penas do paciente em 8 anos de reclusão, em modo fechado, e 800 dias-multa.

Nesta via, a impetrante pretende a desclassificação do delito para o do art. 28 da Lei de Drogas e, subsidiariamente, desafia a dosimetria da sanção, bem como a atribuição de regime inicial fechado.

Requer, liminarmente e no mérito, a desclassificação da conduta para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 ou o redimensionamento da pena, com o abrandamento do regime inicial.

Pugna pela concessão da ordem de ofício, caso o *writ* não seja conhecido.

É, no essencial, o relatório. Decido.

Em juízo de cognição sumária, verifica-se que inexistente flagrante ilegalidade que justifique o deferimento do pleito liminar em regime de plantão.

A questão objeto do presente remédio constitucional foi enfrentada pelo *decisum* combatido nos seguintes termos (e-STJ fls. 95/103):

"[...] visto a prova, a responsabilidade do réu pelas drogas apreendidas infere-se pelo depoimento dos policiais, os quais confirmaram a apreensão de entorpecentes no arbusto, local para onde o réu foi visto se dirigindo para pegar algo.

Quanto à destinação, a quantidade (1,7 grama de crack acondicionadas em 14 porções individuais), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; visualização do réu em movimentação típica de traficância, apreensão de dinheiro e ausência de condições para o réu possuir a droga para consumo

peçoal dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, quæstio a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

[...]

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

[...]

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, uma vez que não ficou configurado que a droga destinava-se ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes.

Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor, não havendo como cogitar na desclassificação da conduta para o crime de porte de drogas para uso pessoal.

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase, ou seja, em 05 anos de reclusão e no pagamento de 500 dias-multa, contra o que se insurgiu o Representante Ministerial para requerer a exasperação da base em face dos maus antecedentes, com razão.

Com efeito, o réu ostenta duas condenações definitivas que revelam os maus antecedentes.

Desta feita, considerando que são duas condenações e uma delas é por tráfico, fixa-se a base em 1/5 acima do mínimo legal, ou seja, em 06 anos de reclusão e no pagamento de 600 dias-multa. Ressalta-se que o recurso ministerial tem efeito tantum devolutum quantum appellatum, motivo pelo qual não se exaspera a pena base também em face da natureza da droga, crack, de alta capacidade viciante, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06.

Na segunda fase, reconhecidas a agravante da reincidência e a agravante relacionada com a calamidade pública, a pena foi exasperada em 1/3, o que não merece reparos. Fixa-se assim a pena em 08 anos de reclusão e 800 dias-multa.

A Defesa pediu o reconhecimento da atenuante da

confissão, sob a alegação de que a confissão informal foi utilizada como elemento de convicção. No entanto, ao contrário do sustentado, a responsabilidade do réu pelas drogas e pela prática do tráfico se infere pelo depoimento dos policiais, que confirmaram a apreensão de drogas no arbusto, local para onde o réu foi visto se dirigindo e ainda porque o acusado foi visualizado em movimentação típica do comércio ilícito.

Desta feita, não se reconhece a mencionada atenuante, nos termos da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, a contrario sensu.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, a pena permaneceu inalterada.

O redutor não foi reconhecido, o que não merece reparos, uma vez que a reincidência e os maus antecedentes obstam a benesse.

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.

[...]

Assim mantenho o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

E nem se alegue a inconstitucionalidade da multa fixada na lei para o tráfico.

[...]

O regime fechado impõe-se. No presente caso foram apreendidas porções de crack, o que indica maior reprovabilidade, visto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, o réu é portador de maus antecedentes e ainda é reincidente, o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

[...]

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito em face da alta

reprovabilidade acima mencionada e do quantum de pena, nos termos do artigo 44, I e III do Código Penal. A Lei nº 12.736/12 incluiu o artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal para permitir que o juiz quando da sentença desconte o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou internação no total de pena imposta, o que se dá unicamente para fins de fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Ocorre que referida alteração apenas tem razão de ser quando o regime é fixado unicamente com base no quantum da pena imposta sem a influência de qualquer circunstância como as do artigo 59 do Código Penal ou a reincidência.

Ainda que se entenda que o tempo de prisão processual deve ser descontado para a aplicação do artigo 33, §2º, do Código Penal, no caso dos autos o regime foi fixado não em razão do quantum, mas pela maior reprovabilidade, com base no artigo 33, §3º, do Código Penal.

No caso em tela, conforme demonstrado, há circunstâncias a influenciarem no regime e que justificam a manutenção de sua espécie mais gravosa, destarte, não tem relevância a aplicação do dispositivo em estudo.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso da defesa e DOU PROVIMENTO ao da acusação, fixando a pena em 08 anos de reclusão, em regime fechado, e 800 dias-multa."

Assim, considerando que o pedido se confunde com o próprio mérito da impetração, deve-se reservar ao órgão competente a análise mais aprofundada da matéria por ocasião do julgamento definitivo.

Ressalte-se, ademais, que *"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"* (AgRg no HC 605.864/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 3/11/2020).

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

Solicitem-se informações ao Tribunal de origem, que deverão ser prestadas preferencialmente por malote digital e com senha de acesso para consulta ao processo.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de julho de 2021.

MINISTRO JORGE MUSSI
Vice-Presidente, no exercício da Presidência