



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 772138 - SP (2022/0297226-3)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
IMPETRANTE : IAN PINTO NAZARIO
ADVOGADO : IAN PINTO NAZARIO - SP175447
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELBER VASCONCELOS CERQUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra acórdão assim ementado (fl. 20):

TRÁFICO - MATERIALIDADE - documentos que comprovam que as substâncias são entorpecentes.

TRÁFICO - AUTORIA - confissão - validade - depoimento policial que deve ser visto com reservas quando efetuado de modo a justificar eventual abuso por parte da autoridade - depoimento corroborando versão do acusado.

TIPO SUBJETIVO quantidade incompatível com a figura de usuário - confissão judicial do acusado - dinheiro em notas de pequeno valor.

PENAS - base acima do mínimo - reforma - segunda fase - compensação reincidência e confissão - manutenção - terceira fase - impossibilidade de fixação do redutor - reprimenda reformada.

REGIME fechado - manutenção - improvimento ao recurso defensivo e parcial provimento ao recurso ministerial.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram o recurso de apelação, o qual foi improvido para a defesa e provido para a acusação, aumentado a pena final ao patamar de 9 anos de reclusão, em regime fechado, e mais 900 dias-multa.

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante, em suma, aumento desproporcional da pena-base sem fundamentação idônea, com base na negatização da vetorial relativa à quantidade de droga.

Requer, liminarmente e no mérito, o restabelecimento da sentença condenatória.

A liminar foi indeferida.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem.

Quanto à dosimetria da pena, o Tribunal de origem assim referiu (fls. 30-35):

A r. sentença fixou a pena base no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

O Ministério Público acertadamente requereu a fixação da pena acima do mínimo.

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.

(...)

Na dosagem da pena também observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecente (cerca de 4.000 porções individuais de cocaína). 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.

A maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que afirma que a quantidade de entorpecente apreendido tem preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

(...)

Desta forma, aplico o aumento de 4/5 sobre a pena base, estabelecendo-a e 09 anos de reclusão e 900 dias-multa.

Na segunda fase a r. sentença reconheceu a atenuante da confissão e a compensou com a agravante da reincidência, o que se mantém.

Na terceira fase, ausente causas de aumento. Ante a reincidência, não há que se falar em aplicação do redutor.

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 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 nº 11.343/2006.

Torno, portanto, definitiva a pena em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

(...)

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecentes (cerca de 4.000 porções individuais de cocaína). Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico.

No caso, a natureza da droga apreendida (cocaína) também indica maior reprovabilidade, posto 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 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.

(...)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso da defesa e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para fixar a pena base acima do mínimo legal, fixando-se a pena em 09 anos de reclusão, em regime fechado, e 900 dias-multa.

Não obstante a existência de apenas uma vetorial negativa, qual seja, a natureza e a grande quantidade de droga (998,2g de cocaína - fl. 27), verifica-se ilegalidade flagrante na exasperação da sanção inicial em 4/5 da pena mínima, motivo pelo qual deve ser fixada a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, por se mostrar proporcional ao caso em análise, resultando na sanção inicial de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa. Na segunda fase, compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, fica mantida a sanção intermediária em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, a qual se torna definitiva à minguia de outras causas modificativas. Considerando a reprovabilidade da conduta, diante da grande quantidade de droga apreendida, e a reincidência do paciente, fica mantido o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, a fim de fixar a pena do paciente em 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 01 de fevereiro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator