

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 440.888 - MS (2018/0059190-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANTONIO ADRIANO ALVES SILVA (PRESO)
PACIENTE : EMERSON SENA RIBEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de ANTONIO ADRIANO ALVES SILVA e EMERSON SENA RIBEIRO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que ANTONIO foi condenado em primeira instância pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas à pena de 5 anos de reclusão, mais 1166 dias-multa, enquanto EMERSON foi condenado pela prática de crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas à pena de 48 anos e 6 meses de reclusão, mais 5.665 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso nos termos do acórdão de fls. 1596/644.

Opostos embargos infringentes, foram eles desprovidos, nos termos do acórdão de fls. 1645/1656.

No presente *writ*, sustenta: 1) em relação ao paciente Emerson que a pena-base foi indevidamente majorada em razão dos antecedentes; 2) em relação a ambos os recorrentes, que não deve incidir a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06; e 3) subsidiariamente, em mantida a causa de aumento, que deve ser aplicada a menor fração legal.

Requer, assim, a concessão da ordem para reduzir a pena aplicada aos pacientes.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração, conforme parecer de fls. 1661/1665.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 440.888 - MS (2018/0059190-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

1. Pena-base do paciente EMERSON

O voto condutor do acórdão proferido em sede de Embargos Infringentes trouxe o seguinte, a respeito da dosimetria da pena do paciente EMERSON:

Da redução da pena-base

O embargante Emerson Sena Ribeiro pugna, ainda, pelo afastamento da circunstância judicial referente aos antecedentes criminais, porém referido pedido também não deve ser acolhido.

Primeiro, porque aludida circunstância judicial não foi decotada no voto vencido. Segundo, porquanto a pena fixada na sentença e mantida no voto vencedor foi adequada e proporcional ao caso em concreto, considerando o preceito secundário do tipo penal em comento que estatui: "Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (fl. 1651).

Já o voto divergente da apelação, proferiu proferido pelo desembargador-revisor, acolheu a tese defensiva para reduzir a pena imposta ao paciente mediante a seguinte fundamentação:

O recorrente insurge-se contra a pena-base, a exclusão das majorantes do art. 40. III c V. da Lei n.º 11.343/06, ou a redução da respectiva fração para o mínimo legal e a readequação da pena de multa.

A pena-base foi majorada em dois anos de reclusão em razão dos antecedentes de Emerson, ponderada a incidência referente aos autos 0012456-62.2006.8.12.0001 (f.2015).

Embora seja adequada a valoração negativa da referida circunstância judicial, o aumento foi desarrazoado.

Não obstante a aplicação da pena não deva ser um cálculo aritmético, a majoração da pena-base em vários casos deve se valer do critério conhecido por intervalo da pena, subtraindo-se o mínimo do máximo cominado, dividindo-se por 8 (número de critérios do art. 59),

Superior Tribunal de Justiça

para encontrar-se um parâmetro dentro do razoável, que no caso foi extrapolado em 8 meses, estando muito acima do que se poderia considerar como suficiente e necessário à reprovação e prevenção do delito.

Assim, as penas-bases pelo crime de tráfico de drogas ficam reduzidas pra 6 anos e 3 meses de reclusão e 630 dias-multa e 3 anos e 11 meses para o crime de associação para o tráfico e 780 dias-multa (fl. 1638).

Entendo que, no ponto, deve prevalecer o voto vencido da apelação.

Com efeito, o aumento em 1/8 da pena-base por cada circunstância judicial desfavorável, que não possua uma maior reprovabilidade, é acolhida amplamente pela jurisprudência desta Corte Superior, mostrando-se mais proporcional que o aumento de 40% da pena mínima pelo tráfico e 33% da pena mínima em relação à associação para o tráfico, conforme fixado na sentença e mantida no acórdão impugnado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA EM 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E MAUS ANTECEDENTES. PROPORCIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram expressamente a majoração da pena-base, considerando os maus antecedentes e, em especial, a quantidade da droga apreendida - 07 (sete) quilos de maconha, quase 800g (oitocentas gramas) de crack e aproximadamente 100g (cem gramas) de cocaína -, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

3. Além disso, considerando os limites máximo e mínimo previstos no preceito secundário do tipo do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 (mínimo de 5 anos e máximo de 15 anos), o aumento da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses em razão de 2 (duas) circunstâncias judiciais devidamente fundamentadas não se revela desproporcional ou excessivo, porquanto foi calculado conforme o critério de 1/8.

4. *Agravo regimental não provido* (AgRg no AREsp 1489827/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/8/2019).

No ponto, portanto, de rigor a **concessão da ordem para reduzir a pena base aplicada ao paciente EMERSON para 6 anos e 3 meses de reclusão e 630 dias-multa para os crimes de tráfico de drogas e 3 anos e 11 meses e 780 dias-multa para o crime de associação para o tráfico.**

Na segunda fase da dosimetria, mantém-se o aumento de 1/6 pela reincidência.

Na terceira fase da dosimetria, conforme passo a fundamentar em sequência, se mantém o aumento em 2/3, atingido o patamar de 12 anos e 1 mês e 25 para o crime de tráfico e 7 anos, 7 meses e 11 dias para o crime de associação para o tráfico. Mantido o cúmulo material para o crime de associação para o tráfico e os três crimes de tráfico de drogas, **a pena definitiva passa a ser 44 anos e 26 dias de reclusão. Aplicado o mesmo cálculo, a pena de multa totaliza 5.461 dias-multa.**

2. Da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06

No ponto, o acórdão impugnado trouxe o seguinte:

Da majorante prevista no artigo 40. inciso III. da Lei n° 11.343-06

Todos os embargantes pugnam pelo afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n° 11.343/06, no entanto não lhes assistem razão.

Entendeu o voto vencedor que a hipótese de incidência da majorante do artigo 40. inciso III, da Lei 11.343/06 restou plenamente caracterizada, porquanto não é imprescindível que haja efetiva comercialização no interior do estabelecimento penal, bastando que o tráfico de drogas seja cometido, em qualquer de seus verbos nucleares, nas dependências ou imediações de presídio (f. 3042-3045).

Destarte, não há como proceder ao afastamento causa especial de aumento de pena. Isso porque a aplicação da majorante foi devidamente fundamentada, com fulcro nos elementos probatórios intrínsecos aos autos.

Outrossim, cumpre observar que a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é aplicável se o crime tiver sido praticado nas dependências ou imediações dos locais designados no indigitado preceptivo legal. E dizer, a pena pode ser exasperada em razão da mera proximidade do lugar do cometimento do

Superior Tribunal de Justiça

delito com os locais descritos no referido dispositivo legal.

Transcreve-se, para melhor compreensão, o dispositivo em comento, in verbis:

"Art. 40. As penas previstas nas art.s. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;(...)"

Logo, ao contrário do que sustenta os embargantes. para a incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 não é necessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

[...]

No caso em análise, constata-se que o fato de os embargantes Antônio Adriano Alves Silva. Emerson Sena Ribeiro e Guilherme Silva Ribeiro estarem presos não os impediu de praticar o tráfico de Drogas.

Assim, como os embargantes praticaram o crime de tráfico de drogas no interior de estabelecimento prisional, impõe-se o reconhecimento da majorante descrita no artigo 40. inciso III. da Lei n.º 11.343/06 (1650/1651).

Com efeito, a denúncia narra que parte dos acusados de integrar associação criminosa que movimentava grandes volumes de entorpecentes entre estados diversos da federação estavam presos e organizavam a dinâmica da quadrilha por meio de telefones celulares possuídos clandestinamente.

Ora, em estando autores dos crimes incluídos no sistema penitenciário, não se pode afastar a conclusão de que seus atos foram praticados no interior do presídio, ainda que os efeitos destes atos tenham se manifestado a quilômetros de distância.

O inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, transcrito acima, não faz a exigência de que as drogas objeto do crime efetivamente passem por dentro dos locais

que se busca dar maior proteção, mas apenas que o cometimento dos crimes tenha ocorrido em seu interior.

Assim, no ponto, não se verifica a existência de ilegalidade sanável pela via do *habeas corpus*.

3. Fração de aumento decorrente da incidência do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06

O aumento de 2/3 em razão da incidência do art. 40 da Lei n. 11.343/06 foi fundamentado da seguinte forma para ambos os pacientes:

Terceira fase. Ausentes causas de diminuição, verificado o aumento referente ao crime prático em presídio e a interestadualidade, ponderado a trama envolvendo oito acusados, a diversidade de droga, a quantidade exagerada de droga, aplicada, portanto, em 2/3 (fls. 1636 e 1637).

O montante da exasperação fica a cargo da discricionariedade vinculada do julgador, porquanto inexistente critério objetivo no Código Penal – CP. Rever tal montante requer o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

No caso dos autos, o acréscimo na fração máxima, 2/3, não demonstra flagrante desproporcionalidade ante a infringência de dois incisos diferentes do referido dispositivo, além da quantidade de envolvidos, do engendrado *modus operandi* da associação criminosa.

Assim, no caso, não verifico a hipótese de reforma da dosimetria.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da impetração, mas conceder a ordem de *habeas corpus*, de ofício, apenas para reduzir a pena do paciente EMERSON, ao patamar de 44 anos e 26 dias de reclusão e 5.461 dias-multa.