HABEAS CORPUS Nº 490.301 - SP (2019/0020191-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP320176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO HENRIQUE FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

BRUNO HENRIQUE FERREIRA, paciente neste habeas corpus, alega sofrer coação ilegal em seu direito a locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0003794-40.2018.8.26.0635.

Nas razões deste *writ*, o impetrante sustenta, resumidamente, a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que as instâncias ordinárias não fundamentaram concretamente a exasperação da pena-base.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal.

A liminar foi indeferida, consoante decisão de fls. 60-61.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 129-133).

Decido.

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 mês e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento, a fim de manter inalterada a sentença condenatória.

Feito esse registro, passo à análise das teses defensivas

II. Pena-base

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta em relação ao delito de **tráfico de drogas**, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, verifico que o Juiz sentenciante assim fundamentou a aplicação da pena-base do paciente acima do mínimo legal, *verbis* (fl. 33, grifei):

> Demonstrada a procedência da imputação contra o acusado, não existindo justificativas para os seus atos, passo a dosimetria das penas a serem aplicadas. Com base no artigo 68 do Código Penal, observando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, **a quantidade de entorpecentes para o tráfico** de varejo, a **ausência de modificação de valores**

> **não obstante processo anterior** (fl. 120), os indícios de que o **réu fez do crime um modo de vida, até porque não possui profissão lícita** conhecida e provada, a periculosidade na reiteração de condutas análogas, redundando em uma culpabilidade diferenciada, fixo as penas básicas 1/6 acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ou seja, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a pena-base aplicada ao paciente, consoante a seguir descrito (fl. 53):

> Passo a análise da dosimetria das penas e pleito subsidiário.
> Na primeira fase, as penas foram fixadas em 1/6 acima do mínimo legal (05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa), tendo em vista "... a quantidade de entorpecentes para o tráfico de varejo, a ausência de modificação de valores não obstante processo anterior (fls. 120), os indícios de que o réu fez do crime um modo de vida, até porque não possui profissão lícita conhecida e provada, a periculosidade na reiteração de condutas análogas, redundando em uma culpabilidade diferenciada..." (fls. 146).
> Deve ser consignado que a lei não impõe ao Juiz qual o acréscimo deve incidir nas penas em razão de circunstância judicial desfavorável, permitindo apenas o faça dentro dos limites mínimo e máximo cominados no preceito secundário da norma.
> Imperioso que o Juízo atente para a circunstância e a necessidade do maior rigor, respeitando, sempre, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
> No caso, tendo em vista os fundamentos acima descritos, tenho que o aumento de 1/6 se mostra razoável.

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico que as instâncias ordinárias, por ocasião da primeira fase da dosimetria, consideraram desfavoráveis ao paciente: a) **a quantidade de entorpecentes**; e b) **a maior periculosidade do réu, que não teria ocupação lícita e ostenta condenação anterior**.

No que tange à **maior periculosidade do réu**, destaco que

sua condenação anterior foi utilizada na segunda fase da dosimetria. Assim, a referência a tal elemento, para recrudescer a pena-base, configura **indevido *bis in idem***.

Ademais, saliento que o simples fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo tencionado.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça: **AgRg no HC n. 382.724/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 27/9/2017.

Por fim, o Juiz de primeiro grau fez menção à quantidade de drogas apreendidas – **18,1 g de maconha, 5,9 g de cocaína e 71,4 g de crack** – em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza que "O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Entendo, contudo, que, conquanto seja concreto o fundamento relativo à quantidade de droga e atinente às peculiaridades do caso, **houve evidente desproporcionalidade no aumento de 10 meses para o crime em comento**, cujo preceito secundário prevê, em abstrato, uma reprimenda de 5 a 15 anos de reclusão.

Vale dizer, é lícito às instâncias ordinárias sopesar, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, as peculiaridades do caso concreto e recrudescer a reprimenda na primeira fase da dosimetria, mas desde que o faça não só de maneira fundamentada, mas também proporcional, a fim de se evitar excesso na pena-base – presente na espécie. Isso porque, embora não possa ser considerada ínfima, **a quantidade de drogas tampouco é de grande monta;** ademais, **todas as demais circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis ao acusado**.

Nesse contexto, considero razoável e proporcional **estabelecer a pena-base no mínimo legal**.

Em decorrência da diminuição efetivada na pena-base, deve ser realizada nova dosimetria. Fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e

pagamento de 500 dias-multa. Na segunda etapa, a pena foi aumentada em 1/6 em razão da reincidência, motivo pelo qual a sanção deve ser aumentada para **5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa**; sanção que se torna definitiva, haja vista a ausência de outras circunstâncias modificadoras ou de causas de aumento e de diminuição.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, a fim de aplicar a pena-base do réu no mínimo legal e, por conseguinte, reduzir a reprimenda para **5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa**.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**