

HABEAS CORPUS Nº 495.229 - SP (2019/0055738-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : VALDECI FRANCISCO COSTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AILTON LOURENÇO SANTANA LESSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício próprio por AILTON LOURENÇO DE SANTANA LESSA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Revisão Criminal n. 0045193-48.2017.8.26.0000).

Consta dos autos que o impetrante/paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática de crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c.c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06), à pena de 20 anos de reclusão.

O Tribunal deu parcial provimento à apelação defensiva, reduzindo a pena para 14 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão.

Posteriormente, a defesa ajuizou duas revisões criminais, sendo a primeira indeferida e a segunda parcialmente provida para reduzir a pena para 10 anos e 6 meses de reclusão.

No presente *writ*, o impetrante/paciente alega que faz jus a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o crime de posse de entorpecentes para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas). Sustenta, ainda, a ocorrência de indevido *bis in idem*, uma vez que a pena teria sido aumentada, simultaneamente, na primeira e segunda fases da dosimetria, em razão da mesma condenação.

Requer, assim, a desclassificação do crime e a redução da pena.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, nos termos da seguinte ementa:

Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Ausência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício. tráfico de entorpecente no interior de estabelecimento prisional (Art. 33 c/c art. 40,

III, ambos da Lei ? 11.343/06).

Pleito de desclassificação para o delito do art. 28 da Lei Antidrogas. Matéria que demanda o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, inviável na via eleita. mera reiteração do RHC nº 486819/SP, pendente de julgamento por esse Superior Tribunal de Justiça. Dosimetria. Maus antecedentes e reincidência. valoração negativa na primeira e segunda fases da dosimetria. condenações distintas. Possibilidade. Precedentes. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus. (fl. 83)

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

De início, destaca-se que o tema referente à desclassificação do delito já foi apreciado no HC n. 486.819/SP. Cuida-se, portanto, de indevida reiteração de pedido.

Com relação à negatização dos maus antecedentes do paciente, que teriam sido utilizados também para configurar a agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria, não há constrangimento ilegal a ser reparado por esta Corte Superior

Da análise dos autos, nota-se que as instâncias ordinárias apontaram a existência de distintas condenações com trânsito em julgado, estando elas aptas a configurar tanto os maus antecedentes como a reincidência, tendo uma sido utilizada na primeira etapa e outras na segunda.

Confiram-se, à propósito, os seguintes trechos da sentença e do acórdão:

[...] Quanto à pena, verifico que a base deverá ser estabelecida muito acima do mínimo legal levando-se em conta a variedade das drogas, nos termos do art. 42 da Lei 11343/06.

Outrossim, nota-se que o réu apresenta antecedência criminal com condenações em dois roubos (fls. 33 e 41 do apenso), inclusive qualificados, revelando, assim, conduta social desajustada e personalidade voltada à pratica de crimes, nos termos do art.59, do CP. Na segunda fase, verifica-se tratar-se de multireincidente (fls. 51, 53 e 54/55 do apenso). Ainda, presente a causa de aumento de pena contida no artigo 40, III, da lei 11343/06 (no interior de estabelecimento prisional). Por se tratar de multireincidente, incabível a causa de diminuição prevista no art. 33 §4º da Lei 11343/06. (fl. 28)

[...]

A pena comporta reparo.

A pena-base foi fixada em oito anos de reclusão e oitocentos dias-multa, pois foi apreendida maconha e cocaína, balança de precisão, por conta de maus antecedentes e porque o crime foi cometido enquanto o peticionário cumpria pena. Os motivos invocados autorizam a majoração da reprimenda, mas apenas em metade, chegando-se a sete anos e seis meses de reclusão e setecentos e cinquenta dias-multa.

Pela reincidência (fls. 33 e 51 do apenso) a reprimenda foi elevada em um terço. Aqui, até por coerência com situações similares, opta-se pelo acréscimo de um quinto, resultando em nove anos de reclusão e novecentos dias-multa. Presente a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06 incidiu acréscimo de um terço. No entanto, tratando-se de apenas uma causa de aumento, o acréscimo fica limitado a um sexto, totalizando dez anos e seis meses de reclusão e pagamento de mil e cinquenta dias-multa. (fls. 59/60)

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATAM DE PROCESSOS DISTINTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é remansosa no sentido de que não há óbice em se considerar, na primeira fase da dosimetria, anotações diversas daquelas sopesadas como reincidência, razão pela qual é descabida a alegação de ocorrência de bis in idem, ou mesmo de ofensa ao enunciado sumular 241 deste Sodalício, uma vez que os fatos utilizados para a exasperação de pena-base não são os mesmos que autorizaram a majoração na etapa seguinte.

[...]

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto. (HC 406.408/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017)

PENAL E PROCESSUAL. (I) ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E POSSE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO DIVERSO.

(II) DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DIVERSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva ao meio social. *Precedentes.*

2. Na situação concreta, não houve relação de subordinação entre o porte de arma de fogo e o roubo circunstanciado. Esclareceu o Tribunal de Justiça que, embora inequívoca a utilização do artefato para a prática do crime patrimonial, a acusada foi encontrada com a arma em local totalmente diverso de onde o crime contra o patrimônio fora praticado, quando a execução deste já estava exaurida, ocasião em que foram localizadas, inclusive, munições de calibre diferente do da arma apreendida. De mais a mais, a alteração das conclusões alcançadas pelas instâncias de origem, soberanas na análise das provas dos autos, constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

3. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à 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.

4. Nos moldes do enunciado n. 241 da Súmula desta Corte Superior, a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Nada obsta, porém, que, diante de diversas condenações definitivas pretéritas em desfavor do sentenciado, seja uma delas utilizada pelo sentenciante na primeira fase do cálculo da reprimenda, e a outra na segunda etapa da dosimetria, a título de reincidência. *Precedentes.*

5. Na espécie, correto o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto) diante dos maus antecedentes do paciente, pois presente uma condenação definitiva em face do sentenciado, anterior à data do fato em análise, diferente da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

6. Ordem denegada. (HC 241.666/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 21/03/2017)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 03 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

