HABEAS CORPUS Nº 513.624 - SP (2019/0160071-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO
ADVOGADO	:	GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP0366341
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABIANO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (104,52 G DE MACONHA). DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. FUNDAMENTAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.
Writ indeferido liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Fabiano de Souza**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento à apelação interposta pelo paciente, apenas para redimensionar a sua pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa (fls. 61/68 – Apelação Criminal n. 0002399-57.2017.8.26.0470), alterando, assim, sentença prolatada pela Vara Única da comarca de Porangaba/SP, que o condenou às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 dias-multa (fls. 48/54), em razão da prática do crime de tráfico de drogas (104,52 g de maconha – fl. 48).

No presente *writ*, alega-se constrangimento ilegal consistente em:

a) dosimetria da pena, em razão da não aplicação da causa especial de diminuição da pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), ao argumento de que *nada obsta a sua aplicação porquanto, episódio conhecido pela doutrina como trafico doméstico sem ligação, facções, grupo organizados, tráfico interestadual, e atende a todos os requisitos previstos no referido dispositivo legal* (fl. 8);

b) fixação do regime inicial fechado, sustentando que a decisão hostilizada *não fundamentou a fixação do regime de pena mais severo, qual manteve o regime inicial fechado referindo-se apenas aos dispositivos legais que vedam a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando de fundamentar concretamente as razões que motivaram a imposição de regime mais gravoso que o previsto pelo Estatuto Repressivo (art. 33, § 2º, b, do CP)* – fl. 14; e

c) negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Postula-se, então, a concessão liminar da ordem para que seja redimensionada a pena, alterado o regime inicial e substituída a pena privativa da liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Busca a impetração o redimensionamento da pena imposta, com aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, alteração do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na condenação a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, em razão da prática do crime de tráfico de drogas (104,52 g de maconha – fl. 48).

Inicialmente, quanto à pretensão mandamental, tem-se que o Juízo de primeiro grau fundamentou a sentença, nos seguintes termos (fl. 52):

> Na primeira fase de fixação da reprimenda, levo em consideração o artigo 59 do Código Penal. O réu possui **condenação por outro delito ocorrido antes do crime objeto destes autos**, cujo trânsito em julgado se deu em data posterior à prática da infração penal em análise (fls. 120/121). Tal fato, muito embora não gere reincidência, nos termos do artigo 63 do Código Penal, caracteriza maus antecedentes, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 243.109/SP, REsp 1465666/MG, AgRg no AREsp 756758/RS). Assim, em razão dos maus antecedentes, acrescento 1/6 à pena-base, de modo a fixá-la em 5 anos e 10 meses e 583 dias-multa.
>
> Na segunda fase, anoto a presença de uma circunstância agravante, consistente na **reincidência** (fls. 122/123 - art. 61, I, CP), razão pela qual aumento a pena-base à razão de 1/6.
>
> Na terceira fase, não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas. Registre-se ser inaplicável o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em função da reincidência do réu.

> Assim, torno definitiva a pena de **6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa**.
>
> Ausentes nos autos informações sobre a situação econômico-financeira do réu, fixo o **valor do dia-multa** no mínimo legal (art. 49, § 1º, CP).
>
> Fixo o regime inicial **fechado** para o cumprimento da pena, tendo em conta que o réu é reincidente e as circunstâncias judicias lhes são desfavoráveis, fatos esses que não recomendam a fixação de regime inicial mais brando, forte no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
>
> Impossível a **substituição da pena privativa de liberdade** por restritiva de direitos, tendo em conta a quantidade da pena aplicada (art. 44, CP). Pelos mesmos motivos, fica inviabilizada a **suspensão condicional da pena** (art. 77, CP).

Por sua vez, a Corte local assim se manifestou sobre o tema (fl. 66):

> Fixada a pena-base acima do mínimo, deve ser ela reconduzida ao piso e ser anunciada em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.
>
> Realmente, às fls. 120-121 não estão comprovados maus antecedentes, já que essa relatoria vem, diuturnamente, reiterando o posicionamento de que o lapso quinquenal depurador alcança, também, a pecha de maus antecedentes, ou seja, não cabe considerar tal circunstância se, da extinção da pena anterior, dista o prazo de cinco anos até os fatos ora estudados.
>
> Na segunda etapa, bem aumentada a pena pela reincidência comprovada às fls. 122-123, o que deve, agora, alcançar a pena de cinco anos e dez meses de reclusão, além de quinhentos e oitenta e três dias-multa.
>
> Não se faz cabível a aplicação do chamado tráfico *privilegiado* – em vista do impedimento legal válido tributado à reincidência – a pena deve ser consolidada.
>
> A mesma razão inviabiliza o abrandamento do regime, assim como a substituição da pena por penas privativas de direito.

Assim, quanto à pretensão da aplicação da causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado, razão não assiste à impetração, uma vez que, *tratando-se de réu reincidente, inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006* (HC n. 438.025/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/8/2018).

No mesmo sentido, o seguinte precedente: HC n. 505.610/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 20/5/2019.

Em seguida, em relação ao regime inicial e à substituição da pena, também não assiste razão à impetração, em razão da reincidência.

Confira-se: HC n. 458.877/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe

19/10/2018; e HC n. 428.211/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/3/2018.

Conclui-se, então, que a impetração não evidenciou o alegado constrangimento, pois não ficou demonstrada a ilegalidade no acórdão ora hostilizado.

Em razão disso, **indefiro liminarmente** o presente *writ* (art. 210 do RISTJ).

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator