

HABEAS CORPUS Nº 490.413 - SP (2019/0020805-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : VANESSA PELLEGRINI ARMENIO - SP229887
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAX PAULO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

MAX PAULO DOS SANTOS alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0003109-92.2014.8.26.0111).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a Corte de origem deixou "de reconhecer a primariedade do acusado em razão da prática anterior do delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 e, por conseguinte, o considerou reincidente, com aumento da pena na 2ª fase de dosimetria, e não aplicação do § 4º do artigo 33" (fl. 3).

Afirma, ainda, que as instâncias ordinárias não fundamentaram, com base em argumentos idôneos, o aumento da reprimenda-base.

Requer a concessão da ordem, para que seja: a) reduzida a pena-base ao mínimo legal; b) afastada a agravante da reincidência; c) aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; d) fixado o regime aberto; e) determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ainda, pleiteia que, "sendo reconhecida a primariedade do sentenciado, que haja comunicação ao Juízo competente pelo PEC 0001212-28.2016.8.26.0509 para que altere a fração para progressão de regime (de 3/5 para 2/5)" (fl. 13).

A liminar foi indeferida e, depois de as informações haverem

sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Decido.

No que tange à pretendida redução da pena-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 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 e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve 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, 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, a Corte estadual, ao manter a pena-base acima do mínimo legalmente previsto, salientou "a **imensa quantidade** de entorpecentes apreendidas, bem como a **natureza** extremamente prejudicial de um deles, qual seja, a cocaína" (fl. 66), a evidenciar que, nesse ponto, atuou justamente em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006

Assim, uma vez que foram apontados **argumentos concretos e específicos dos autos** para a fixação da pena-base acima do mínimo legal – em consonância, aliás, com o disposto no **art. 42 da Lei n. 11.343/2006** –, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pelo Tribunal de origem para, a pretexto de ofensa

aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, reduzir a reprimenda-base estabelecida ao acusado.

Não se pode olvidar que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto, não vejo como acolher o pleito defensivo, **em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado**.

Ainda, relembro que, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias**" (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 5/3/2015), situação que, no entanto, não verifico caracterizada nos autos.

Por tais razões, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente.

No que diz respeito à alegação de que a agravante da reincidência foi reconhecida de forma indevida pelas instâncias ordinárias, verifico que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida **supressão de instância**.

No que tange à pretendida aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifico que não há como ser reconhecida a incidência do redutor em favor do paciente, haja vista a vedação expressa da concessão desse benefício aos acusados **reincidentes**, conforme bem salientou a Corte de origem (fl. 67).

Consequentemente, não há nenhum ajuste a ser feito no regime de cumprimento de pena, devendo ser mantida a imposição do modo inicial **fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, porquanto o réu, além de ser **reincidente**, foi condenado a reprimenda

superior a 4 anos de reclusão.

Pelos mesmos motivos, fica mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **conheço em parte** do habeas corpus e, nessa extensão, **denego** a ordem.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**