HABEAS CORPUS Nº 510.155 - SP (2019/0137429-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SANDRO EDSON DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de SANDRO EDSON DOS SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao apelo da defesa, por acórdão assim relatado (fls. 93/94):

> Ao relatório da r. sentença acrescento que SANDRO EDSON DOS SANTOS foi condenado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba, nos autos de Processo Crime n° 0001131-54.2017.8.26.0603, às penas de 06 anos de reclusão, em regime fechado e, 600 dias-multa, no valor diário mínimo, como incurso no art. 33, caput, da Lei n° 11.34/2006 (fls. 296/304).
> Inconformado, SANDRO interpôs Apelação (fls. 313).
> O recurso foi recebido (fls. 351).
> Em suas Razões, pugna por sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação do crime de tráfico de drogas para a figura prevista no art. 28, da Lei n° 11.343/2006. Ainda, requer a aplicação do redutor, previsto no art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, com a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 314/344).
> O MINISTÉRIO PÚBLICO, em ambas as Instâncias, através de Contrarrazões (fls. 360/363) e Parecer, ofertado pela d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 384/387), pugnou pelo não provimento do recurso.
> Ainda, vale consignar que a d. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO de SÃO PAULO não foi intimada para se manifestar acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º, da Resolução n° 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução n° 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, pena que foi mantida pelo Tribunal.

A impetrante requer a concessão da ordem para que a pena-base seja reduzida para o mínimo legal e para que seja concedida a causa de diminuição presente no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em fração máxima, com a

modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento ou denegação do *habeas corpus.*

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de Justiça manteve a dosimetria fixada na sentença aos seguintes fundamentos (fls. 99-101):

> Passo à análise da dosimetria da pena.
> As penas, na primeira fase, foram impostas acima dos mínimos legais, na fração de 1/5, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, eis que ostenta **maus antecedentes, devidamente comprovados pelas certidões de fls. 176/182, consistentes na prática de crimes de furto (Processos Crimes nº 0016191-93.2001.8.26.0032; e, nº 0022883-40.2003.8.26.0032) e de tráfico (Processo Crime nº 0016753-63.2005.8.26.0032 todos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba)**.
> 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 diversos maus antecedentes do Apelante, inclusive, pela prática de crime de mesma espécie, o aumento na fração de 1/5 se mostra perfeitamente possível, diante de sua maior perigosidade.**
> **Assim, devem suas penas resultar em 06 anos de reclusão e, 600 dias-multa.**
> Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, devem ser as penas mantidas.
> Na terceira fase, busca o Apelante a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo.
> Assim dispõe o referido dispositivo: [...]
> **Vale consignar que, para a redução da pena, essencial que o réu seja "primário", apresente "bons antecedentes", comprove que "não se dedique às atividades criminosas" , assim como , "nem integre organização criminosa".**
> Evidente que essa causa de redução da pena está reservada àquele que age por um impulso, um desvio, em situação isolada no tráfico de drogas. E mais, os parâmetros para a graduação da redução (1/6 a 2/3) devem ser objetivos e extraídos das diversas circunstâncias que envolvam o caso concreto, podendo variar dentro do seu campo de incidência. Essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias,

> quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder.
> Ao julgador compete a análise do impulso, do fator determinante da conduta objetivamente tratada, que lhe permita concluir tratar-se mesmo de caso de um criminoso meramente ocasional, ou mesmo, se vem tomando aquela conduta como estilo de vida, para que possa, não apenas determinar a gradação da redução da pena, como até mesmo o total afastamento da causa de redução.
> **No caso, como bem salientado pela r. sentença apelada, "... Inaplicável a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei mencionada uma vez que se trata de réu com maus antecedentes e cuja conduta revela dedicação à atividade criminosa, ao invés do trabalho honesto ...", pois, embora primário, a quantidade de droga e de dinheiro de origem ilícita apreendidos, indicam que vinha se dedicando às atividades criminosas, não é recomendável a aplicação dessa causa de diminuição de pena.**

Em regra, não se presta o *habeas corpus* à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

As instâncias ordinárias fixaram a pena-base 1 ano acima do mínimo legal em razão da vetorial negativa maus antecedentes, fundamentada na existência de três condenações anteriores com trânsito em julgado – *consistentes na prática de crimes de furto (Processos Crimes nº 0016191-93.2001.8.26.0032; e, nº 0022883-40.2003.8.26.0032) e de tráfico (Processo Crime nº 0016753-63.2005.8.26.0032 todos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba).*

Com efeito, na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.

Nesse sentido, consignou o Supremo Tribunal Federal que *"tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal."* (RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012).

Em assim sendo, ainda que presente apenas uma circunstância negativa, sua especial gravidade em concreto, *in casu*, existência de três

condenações anteriores com trânsito em julgado –, justifica a exasperação da reprimenda básica, pois consoante orientação jurisprudencial deste STJ, a *exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos* (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).

No mais, acerca do tráfico privilegiado, vale lembrar que os requisitos previstos para o seu reconhecimento – primariedade, bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa – são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica a não aplicação da causa de diminuição de pena. Nesse sentido: HC 287.904/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 15/05/2014.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a existência de anotações penais, como se dá na hipótese, ainda que não transitada em julgado, pode justificar a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por indicar a dedicação do réu à pratica delituosa. Nesse norte:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). VEDAÇÃO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA (9,48 GRAMAS DE COCAÍNA). POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> 2. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para justificar o afastamento da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como na hipótese dos autos. Precedentes.
>
> 4. Sendo a quantidade de drogas apreendidas ínfima (9,48g de cocaína), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada superior a 4 e inferior a 8 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso, devendo ser imposto o regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b",

> do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.
> (HC 390.530/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).

Os mesmos fundamentos foram utilizados para fixar o regime fechado, inexistindo ilegalidade.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator