HABEAS CORPUS Nº 569.518 - SP (2020/0076697-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FERNANDA COSTA HUESO - SP238066 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MAKSANDRO ROBERTO SANTOS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE FLAGRANTE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (91,1 G DE COCAÍNA). REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE, COM A CONSEQUENTE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.
Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Maksandro Roberto Santos** – condenado, como incurso no crime de tráfico de drogas, às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 334 dias-multa, ao portar **91,1 g de cocaína** –, em que se aponta como autoridade coatora a Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação criminal n. 1507927-74.2019.8.26.0228/SP), que negou provimento à apelação ali interposta pelo ora paciente, no sentido de manter a sentença condenatória prolatada pelo Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal Central da comarca de São Paulo (Ação Penal n. 1507927-74.2019.8.26.0228/SP).

Alega a impetrante, em síntese, que o paciente adimple os requisitos indispensáveis à concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Postula, então, a concessão liminar da ordem para que seja aplicada a referida causa especial de diminuição da pena da Lei Antidrogas, em seu grau máximo, substituindo-se a privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixando-se o regime inicial mais brando para o cumprimento de pena.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A1D65185-3C20-458A-9BB0-70966BA9C6C9

É o relatório.

A ordem merece ser liminarmente concedida.

No caso, o Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal Central da comarca de São Paulo fixou a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar mínimo, mediante a seguinte fundamentação (fl. 33):

> [...] Pena base no minimo legal, não comporta redução por força de circunstância atenuante (Súmula 231 do S.T.J.).
> Em razão da primariedade do agente tem aplicação o que dispõe o parágrafo 4 º do artigo 33 da nova Lei, razão pela qual, reduzo a pena em 1/3, tornando-a definitiva em três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e quatro dias-multa, calculada a unidade em seu minimo legal.
> Justifico a fração adotada de redução de pena pela natureza das drogas apreendidas em poder do acusado, ou seja, cocaína, substância altamente nociva e viciante, de forma que o comércio desse tipo de droga compromete sobremaneira a saúde pública. Ademais, a quantidade encontrada em poder dele era bem significativa (91.lg - pág. 25).
> [...]

Na espécie, a meu ver, as instâncias de origem **não** lograram fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Da atenta análise dos autos, observa-se que *a hipótese tratou de pequena quantidade de entorpecente (35 g de cocaína) e, em decorrência, com o devido respeito à proporcionalidade, deve incidir a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, alcançando as penas o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa* (HC n. 480.783/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/2/2019).

Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.430.893/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 4/10/2017.

Logo, afigura-se viável acolher-se a pretensão, porquanto a suposta dedicação do paciente a atividades criminosas, nos moldes apresentados pelas instâncias ordinárias, **não** ficou demonstrada.

Igualmente: HC n. 399.833/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/8/2017.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A1D65185-3C20-458A-9BB0-70966BA9C6C9

Nesse contexto, reconhecida a ilegalidade dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias, cabe o redimensionamento da pena.

Com efeito, com base nos critérios norteadores da aplicação – arts. 42 e 43 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do Código Penal –, na primeira fase da dosimetria, mantêm-se as penas no patamar mínimo de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em razão da primariedade do paciente, e, além disso, as demais circunstâncias judiciais não indicam maior reprovação na conduta delitiva (fls. 28/34).

Na segunda fase, apesar de presentes as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea, essa **não** detém poder de diminuir a pena aquém do mínimo legal, em razão do óbice disposto na Súmula 231/STJ: *a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*.

Logo, mantenho a reprimenda em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Em atenção ao princípio da concretude, já na terceira fase, o paciente, preenchendo os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa – faz jus à diminuição da pena no patamar máximo 2/3, já que o referido conjunto probatório comprovou que foi reduzida a quantidade de entorpecente apreendido (**91,1 g de cocaína**) e, também, a primariedade do paciente, tudo a justificar a diminuição das penas no mencionado patamar, de modo que passam a ser de **1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, as quais se tornam definitivas, em razão da ausência de outras causas capazes de alterá-las**.

Fixada a pena-base no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do paciente, fixo o **regime inicial aberto** para início de cumprimento da pena, bem como substituo a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à condenação imposta ao paciente na Ação Penal n. 1507927-74.2019.8.26.0228/SP, do Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal Central da comarca de São Paulo, resultando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A1D65185-3C20-458A-9BB0-70966BA9C6C9

reclusão, e 166 dias-multa, no regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem implementadas pelo Juízo da Execução Penal.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A1D65185-3C20-458A-9BB0-70966BA9C6C9