

**HABEAS CORPUS Nº 559.500 - SP (2020/0022620-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : **ADRIANO PROCOPIO DE SOUZA E OUTRO**  
**ADVOGADOS** : **ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA - SP188301**  
 : **RICARDO SANCHES PEREIRA - SP363809**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE** : **ERNESTO AUGUSTO ESCALHAO NETO (PRESO)**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ERNESTO AUGUSTO ESCALHAO NETO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0004485-63.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e de 200 dias-multa como incurso nas sanções do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos (e-STJ fls. 8/18).

Isso, porque, segundo consta da sentença, foi apreendido na posse de "**0,5g [cinco decigramas] de DOC (4-Chloro-2,5-Dimethoxyamphetamine); 6,1g [seis gramas e um decigrama] de MDMA (Metilenodioximetanfetamina), vulgarmente conhecida como Ecstasy; 6,1g [seis gramas e um decigrama] de Tetrahydrocannabinol (THC), vulgarmente conhecida como maconha e 3,8g [três gramas e oito decigramas] de cocaína**" (e-STJ fl. 8 – grifei).

Irresignado, apelou o Ministério Público estadual, e o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para fixar a pena do paciente para 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 dias-multa, afastando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e determinando a expedição de mandado de prisão (e-STJ fl. 19).

No presente *writ*, aduz a defesa que o paciente sofre constrangimento ilegal, mormente porque "[a] autoridade coatora cassou a r. sentença de primeiro grau, que entendeu pelo crime de tráfico privilegiado, apenas e tão somente pela quantidade

de drogas", todavia "somadas as drogas citadas não passam de 20 gramas e em quantidades muito maiores este E. STJ já aplicou o redutor do tráfico privilegiado" (e-STJ fl. 5).

Diante disso, pleiteia a defesa, em tema liminar e no mérito, seja restabelecida a sentença condenatória que aplicou o redutor do tráfico privilegiado.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 31/32.

Parecer ministerial pela denegação da ordem (e-STJ fls. 37/39).

É o relatório.

**Decido.**

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a 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.

No caso em tela, assim foi fundamentada a dosimetria da pena na sentença condenatória (e-STJ fls. 15/17):

*Passo, no mais, à fixação das penas.*

*Na primeira fase do cálculo, em atenção às circunstâncias do caso em tela e ao que dispõe o artigo 42, da Lei Antidrogas e o artigo 59, do Código Penal, fixo a sanção-base no mínimo legal, perfazendo, assim, reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal, à múnua de maiores informações sobre a capacidade econômica do réu.*

*Na segunda fase do cálculo, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.*

*Por fim, na terceira fase da fixação da pena, diante da concessão do benefício da redução de pena trazido pela Lei nº 11.343/06, de rigor a diminuição da reprimenda do réu em 3/5 (três quintos), conforme fundamentado alhures, totalizando, assim, sanção final de 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.*

*Quanto ao regime de cumprimento da pena, é de ser considerado que o réu é primário (fls. 130/132), tendo as circunstâncias judiciais sido consideradas favoráveis na primeira fase de dosimetria da pena.*

*Assim, e ainda mais uma vez considerando a quantidade de*

*entorpecentes apreendidos com o réu, tenho que se mostra possível a fixação de regime inicial aberto para desconto da reprimenda ora aplicada, indicando as circunstâncias concretas do caso que a imposição de regime mais severo seria desproporcional e não se prestaria aos fins repressivos e preventivos a que a reprimenda deve se prestar.*

*Ademais, não cabe a este Juízo simplesmente ignorar decisão recente do E. Supremo Tribunal Federal que reconheceu não ser o tráfico privilegiado crime hediondo (HC 118.533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 23.6.2016, DJe de 19.9.2016), sendo esta a hipótese dos autos.*

*No mais, também entendo que estão presentes os pressupostos do artigo 44, do Estatuto Repressor, eis que a reprimenda aplicada não é superior a 04 (quatro) anos; que o crime não foi cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa e que não é o réu reincidente. Ademais, em que pese a gravidade inerente ao delito, como dito alhures, trata-se de crime envolvendo quantidade não muito expressiva de droga.*

*Por tais razões, excepcionalmente, SUBSTITUO a sanção privativa de liberdade aplicada ao réu por duas penas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período em que a sanção privativa de liberdade imposta, a critério do MM. Juízo das Execuções Criminais, nos termos do artigo 46, do Código Penal e na prestação pecuniária, ora estimada em 02 (dois) salários-mínimos, diante da renda auferida pelo acusado, conforme por ele afirmado em seu interrogatório, a ser revertida em favor de entidade pública ou privada com fins sociais, também a critério do MM. Juízo das Execuções Criminais, haja vista que tais penas afiguram-se de todo suficientes para prevenção e reprovação do delito perpetrado.*

*Em razão da substituição operada, deixo de suspender da pena, nos termos do disposto no artigo 77, inciso III, do Código Penal.*

*Diante do quantum de pena ora aplicado e do regime inicial fixado, poderá o acusado recorrer em liberdade, não se vislumbrando presentes os requisitos e fundamentos para a decretação de sua prisão preventiva neste momento.*

Já o Tribunal de Justiça se manifestou no seguinte sentido (e-STJ fl.

25):

*A pena-base foi fixada no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP e o disposto no art. 42, da Lei de Drogas.*

*Ausentes agravantes e atenuantes, na terceira fase, foi reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, com redução em 3/5, resultando em definitivo 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, no valor unitário mínimo, “(...) considerando que foram apreendidas mais de sessenta porções de*

*drogas individualmente consideradas, sendo a maior parte delas de alto poder vulnerante e viciante, como DOC, Ecstasy e cocaína”.*

*Entretanto, tem razão o representante do Ministério Público, ao postular o afastamento desta causa de diminuição.*

*É certo que o benefício não é um direito subjetivo do réu, tratando-se apenas de mera faculdade do juiz sentenciante que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.*

*No presente caso, a quantidade (mais de 60 porções) e variedade de entorpecentes demonstram a dedicação do acusado ao comércio ilícito.*

*Logo, justificado o afastamento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, resultando a pena, em definitivo, no patamar de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.*

Delineada a situação fática, passo à análise da tese aviada.

**Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Da transcrição da operação dosimétrica feita pelas instâncias ordinárias, tenho que o réu faz jus ao redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que é primário, não tem antecedentes desabonadores e não há nos autos informações concretas dando conta de que ele se dedica a atividades criminosas ou integra organizações dessa natureza.

No entanto, apesar da quantidade de droga apreendida com o paciente não ser muito elevada, a diversidade dos entorpecentes permite a modulação da fração da minorante, tal qual realizada na sentença condenatória.

Não obstante ser válido o argumento adotado pelo Tribunal de origem acerca do envolvimento do paciente com o crime, penso que tal argumento, por si só, não justifica o afastamento da benesse.

Assim, restabeleço a sentença proferida pelo Magistrado de piso (e-STJ fls. 8/18).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Tal o contexto, **concedo a ordem de *habeas corpus*** a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e restabelecer a sentença condenatória de e-STJ fls. 8/18 em sua integralidade, conforme pleiteado pela defesa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator