

HABEAS CORPUS Nº 564.472 - SP (2020/0052614-1)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADSON REGO LIMA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (13,3 G DE COCAÍNA E 90 G DE MACONHA). APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. EVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Adson Rego Lima**, apontando-se como autoridade coatora a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500316-07.2018.8.26.0228).

Narram os autos que o paciente foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (13,3 g de cocaína e 90 g de maconha - fl. 4).

À apelação criminal interposta pela defesa o Tribunal *a quo* negou provimento.

Daí o presente *mandamus*, no qual a Defensoria Pública alega de início que o paciente faz jus ao benefício do tráfico privilegiado.

Destaca que *foi negada a aplicação do redutor porque o paciente estaria praticando o crime com adolescente em associação. No entanto, o paciente sequer foi denunciado pelo crime descrito no artigo 35 da mesma lei. E pela participação do adolescente o paciente já teve sua pena acrescida na terceira fase de aplicação da pena* (fl. 17).

Aduz que a gravidade abstrata do crime não justifica a imposição do regime prisional mais gravoso, pois o paciente é primário, possui bons antecedentes e as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Menciona, ainda, que, aplicado o redutor legal do tráfico privilegiado, a pena privativa de liberdade deverá ser substituída por restritiva de direitos.

Requer, em liminar, a aplicação da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3, a fixação do regime inicial aberto ou, subsidiariamente, o semiaberto, e a conversão da pena corporal em restritiva de direitos. No mérito, pugna pela confirmação da liminar.

Deferida a liminar, prestadas as informações de praxe, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Busca a Defensoria Pública a alteração da dosimetria imposta ao paciente, assim como o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena.

Pois bem. Vejamos, no ponto, o que consta da sentença condenatória (fls. 12/13 - grifo nosso):

[...]

Sobre a pena base **não há circunstâncias judiciais a considerar, com fulcro nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06**, considerando que **a quantidade de entorpecentes apreendidos não é tão significativa a ponto de justificar, por si só, a majoração da pena**, que parte do mínimo legal de cinco anos de reclusão e quinhentos dias multa. Não constam circunstâncias agravantes a considerar. A circunstância atenuante de menoridade relativa ao tempo do fato não incide aquém da pena base mínima. **Não cabe aplicar a causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11343/06, porque, inequivocamente, quem pratica tráfico de drogas em associação delitiva, visando pessoa menor de dezoito anos, em co-autoria, merece tratamento legal diferenciado, revelando-se o caráter hediondo de sua conduta e conseqüente grau de periculosidade diferenciado e maior grau de reprovação social.** Pela causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, a pena fica acrescida de 1/6, totalizando cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias multa.

Os dias multa serão calculados pelo valor unitário mínimo legal, não havendo prova da condição econômica do réu, nos termos do artigo 60 do Código Penal.

[...]

O Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao recurso defensivo, concordou com os fundamentos apresentados pelo Juiz de primeiro grau.

No tocante à incidência da causa especial de diminuição de pena do tráfico de drogas privilegiado, como o próprio Magistrado falou, na sentença, *a quantidade de entorpecentes apreendidos não é tão significativa* (fl. 12) e, mais, não houve comprovação expressa de que o réu integra organização criminosa ou se dedica a atividades criminosas.

Assim, *considerando a quantidade não relevante do entorpecente apreendido – 65 g de cocaína –, justifica-se o restabelecimento da dosimetria fixada na sentença condenatória, visto que, não obstante a natureza danosa do estupefaciente, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.) desautorizam a exasperação da pena-base, a vedação à minorante do tráfico, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas* (AgRg no HC n. 498.388/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10/9/2019 – grifo nosso).

Com essas considerações, passo a redimensionar a pena do paciente.

Na primeira fase da dosimetria, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas, fica a pena-base fixada no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, em razão da existência de uma circunstância atenuante, a saber, menoridade relativa, fixo a pena intermediária em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pois *a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal* (Súmula 231 do STJ). Na terceira fase do cálculo da pena, incide a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, que elevou a pena em 1/6, totalizando 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa. Incide, ainda, a redutora do tráfico privilegiado na fração de 2/3, diminuindo a pena do paciente a **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 221 dias-multa**, a qual torno definitiva.

Assim, tendo em vista o redimensionamento da pena do paciente, a

Superior Tribunal de Justiça

primariedade e os bons antecedentes, cabível a imposição do **regime aberto** (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP) e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, **concedo** a ordem a fim de redimensionar a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 221 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos a serem implementadas pelo Juízo de primeiro grau.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator