

HABEAS CORPUS Nº 532.809 - PE (2019/0272072-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE
PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE
PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
PERNAMBUCO
PACIENTE : MATEUS OLIVIO DE MORAIS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE
PERNAMBUCO

DECISÃO

MATEUS OLÍVIO DE MORAIS alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco** na Apelação Criminal n. 503938-1.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de **4 anos e 2 meses de reclusão, no regime semiaberto**, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo, a fim de manter inalterada a sentença condenatória.

Busca-se, por meio deste *writ*, seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, fixado o regime aberto e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do feito.

Decido.

I. A minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Observa-se, assim, que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nele previsto, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas**. A propósito, confira-se o seguinte julgado: **AgRg no REsp n. 1.429.866/MT**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/6/2015.

No caso, a Corte estadual salientou o seguinte ao preservar a dosimetria da pena (fl. 38, destaquei):

Analisando os autos, verifico que os argumentos esposados no recurso de apelação não merecem prosperar.

Por oportuno, entendo que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas e as circunstâncias da respectiva apreensão são elementos hábeis a embasar o percentual de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, a legislação não definiu critérios objetivos para a análise do percentual de redução da pena. Portanto, cabe ao julgador, dentro do seu livre convencimento, considerar sobretudo a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme preceitua o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

In casu, o magistrado fixou o patamar de redução em 1/6. Portanto, considerando a quantidade em poder do apelado e as circunstâncias em que foi apreendida a

droga, entendo por justificado o percentual aplicado.

Veja-se, portanto, que o Tribunal de origem fundamentou concretamente a aplicação do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas na fração de 1/6, salientando, para tanto, **condição entre as estabelecidas no art. 42 da Lei de Drogas**, qual seja, **a quantidade dos entorpecentes apreendidos.**

Embora tais argumentos constituam, de fato, elementos concretos e idôneos a justificar a eleição da fração do redutor, **considero que o montante de substância encontrado com o acusado (60 gramas de maconha) não foi excessivamente elevado** a ponto de, isoladamente, evidenciar a acentuada reprovabilidade da conduta do réu. Entendo, assim, ser **desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas essa circunstância para justificar a incidência da minorante no patamar mínimo.

Ainda, destaco que, segundo entendimento consolidado no 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 reputo devidamente caracterizada nos autos.**

Assim, identifico a contrariedade ao § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e **fixo a fração de diminuição de pena no patamar de 2/3.** Ressalto que estou fixando a fração máxima, porque a quantidade dos entorpecentes não pode ser considerada expressiva.

II. Nova dosimetria

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena, verifico que a reprimenda-base ficou estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, não há nenhuma agravante ou atenuante. Na terceira etapa, reduzo a reprimenda em 2/3, em decorrência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do

art. 33 da Lei de Drogas, tornando a pena do acusado definitivamente estabelecida em **1 ano e 8 meses reclusão e pagamento de 166 dias-multa**.

III. Consectários – regime e substituição

Como consectário da redução efetivada na pena do paciente, deve ser procedido ao ajuste no regime inicial do seu cumprimento. Uma vez que ele foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal, foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo e foi apreendido com quantidade de drogas não tão elevada, **deve ser fixado o regime inicial aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Da mesma forma, entendo que a favorabilidade das circunstâncias mencionadas evidencia que a substituição da pena se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser concedido o habeas corpus também para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por **duas restritivas de direitos, as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para **1 ano e 8 meses reclusão e pagamento de 166 dias-multa**; b) fixar o **regime aberto** de cumprimento de pena; e c) determinar a **substituição da reprimenda** por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se, com urgência.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator