

HABEAS CORPUS Nº 553.263 - RS (2019/0380276-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DEISE CASPANI COLLET - RS051075
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADAIR LEIRIA GOMES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ADAIR LEIRIA GOMES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70082811969 – CNJ n. 0253105-34.2019.8.21.7000).

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, além do pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, tendo-lhe sido assegurado o direito de recorrer em liberdade (e-STJ fls. 253/259).

Consta da denúncia que o paciente foi preso com **4g (quatro gramas) de cocaína e 7g (sete gramas) de maconha. Consta, ainda, que ele foi avistado vendendo uma pedra de crack** (e-STJ fl. 12).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação no Tribunal de origem, que lhe negou provimento, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (e-STJ fls. 333/340).

Neste *habeas corpus*, a defesa sustenta a impossibilidade de determinação da execução provisória da pena, tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da controvérsia por ocasião do julgamento da ADCs n. 43, 44 e 54.

Afirma, ainda, que "*no caso em análise a pena-base foi exasperada com azo na natureza e na diversidade, ao passo que na terceira etapa da dosimetria*

foram considerados como critérios condutores a quantidade e a diversidade. Contudo, o tísne negativo do vetor quantidade é incompatível com a motivação vertida na fase inaugural da individualização da pena, onde constou que 'a quantidade de droga apreendida é reduzida', e, ainda, com o próprio montante de substância proscrita apreendida. Logo, remanesce como fundamento idôneo à diminuição da pena tão só o apontamento já vinculado à etapa inicial – diversidade -, perspectiva que evidencia a presença de bis in idem e conduz à retificação do apenamento mediante a aplicação da causa de diminuição da pena em sua fração máxima, consoante lógica que se extrai da tese firmada com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que 'As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'" (e-STJ fls. 7/8).

Por isso, requer, liminarmente, seja cassada "a execução provisória da pena determinada com azo em interpretação incompatível com a Constituição Federal" e, no mérito, seja "determinada a incidência da minorante em sua fração máxima, sob pena de bis in idem, tendo em vista que a diversidade já foi empregada na primeira fase do cálculo dosimétrico; subsidiariamente, revisada a fração de incidência, porquanto 1/6 é desproporcional à conduta e ao contexto", e, "sucessivamente, revisado o regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (e-STJ fls. 8/9).

Liminar parcialmente deferida às e-STJ fls. 374/376.

Parecer ministerial pela concessão da ordem (e-STJ fls. 430/437).

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, o Tribunal de origem assim se manifestou acerca da dosimetria penalógica (e-STJ fls. 338/339):

O recurso também não procede quanto à punição. A pena-base

estabelecida em cinco anos e três meses de reclusão. Em seguida, reduzida para o mínimo legal diante da menoridade do apelante. A fração de redução de pena face ao §4º, um sexto, obedeceu ao que prevê o artigo 42 da Lei 11.343, tendo em vista a diversidade e nocividade dos entorpecentes.

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

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, verifica-se 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.

E tendo em vista não ser expressiva a quantidade das drogas apreendidas em seu poder – **4g (quatro gramas) de cocaína e 7g (sete gramas) de maconha** –, a sanção deve ser reduzida em seu grau máximo (2/3).

Não obstante ser válido o argumento adotado pelas instâncias de origem acerca da variedade e da natureza das drogas apreendidas, penso que tal argumento, por si só, não justifica o afastamento da benesse.

Passo, assim, à readequação da pena, nos parâmetros de origem.

Na primeira fase, permanece a pena-base em 5 anos e 3 meses de de reclusão.

Na segunda etapa, reduzo a pena ao mínimo legal em razão da menoridade relativa do paciente, alcançando o patamar de 5 anos de reclusão.

Na fase derradeira, reconhecida a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que se trata de réu primário e de bons antecedentes, não havendo provas nos autos de que se dedique a atividade criminosa nem de que integre

Superior Tribunal de Justiça

organização criminosa, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), que resulta em uma pena definitiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos, dada a quantidade de pena aplicada, fixada a pena-base no mínimo legal e concedida a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, impõe-se a fixação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

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 na fração de 2/3 e readequar a reprimenda imposta ao paciente para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa**. Fixo o regime inicial aberto de cumprimento da reprimenda e determino a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator