HABEAS CORPUS Nº 501.727 - MG (2019/0091743-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	VIVIANE DAS GRACAS SILVA CARDOSO E OUTRO
ADVOGADOS	:	VIVIANE DAS GRACAS SILVA CARDOSO - MG115056
		MAXUEL TEIXEIRA DE CASTRO AGRANITO - MG157792
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	KAINA ANTONIO BATISTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (1,5 KG DE COCAÍNA E 334 G DE MACONHA) E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (11 MUNIÇÕES DE REVÓLVER CALIBRE .38). DOSIMETRIA DA PENA. NEGATIVAÇÃO DA CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO E OBJETIVO. PRECEDENTE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DESPROPORCIONAL. PRECEDENTE. RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 65, I E III, *D*, DO CP. AUSÊNCIA DE DEBATE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGAS E APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTE. REGIME INICIAL READEQUADO.
Ordem concedida em parte liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Kaina Antonio Batista** contra ato coator proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O impetrante historia, em síntese, que o paciente foi condenado às penas de 6 anos e 6 meses de reclusão e 680 dias-multa, à razão mínima, e 1 ano de detenção e 10 dias-multa, à razão mínima, pela prática de condutas descritas nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003.

Alega que, ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o Magistrado singular considerou desfavorável apenas uma das oito circunstâncias judiciais, a saber, a culpabilidade. No entanto, o aumento foi realizado de forma abusiva e desproporcional, visto que aumentada em 3 anos sem qualquer justificativa.

Afirma que não foi reconhecida a atenuante da menoridade relativa e da confissão espontânea, art. 65, I e III, *d*, do Código Penal. Assere que a pena provisória

deveria ter sido conduzida ao patamar mínimo.

Na terceira fase da dosimetria, sustenta que seria imperioso aplicar a causa de diminuição inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque presentes os requisitos autorizadores exigidos para aplicação da mencionada causa de diminuição. A certidão de antecedentes criminais atestam o requisitos da primariedade e dos bons antecedentes. Acerca da não dedicação às atividades criminosas e da não integração em organização criminosa, as provas e evidências presentes nos autos corroboram a presença de tais requisitos.

Argumenta, ainda, que a apreensão de 11 munições de revólver calibre .38 não preenche a tipicidade formal da conduta, pois estavam desacompanhadas de arma de fogo, tornando inexistente qualquer possibilidade de potencialidade lesiva. Por essa razão, requer a absolvição nos moldes do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Por fim, aduz que o regime inicial foi fixado no fechado, com base apenas no inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. Nesse ponto, destaca o entendimento do Supremo Tribunal Federal consignado nas Súmulas 718 e 719/STF.

Pede a concessão da liminar por estarem presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* para que seja expedido o competente alvará de soltura. No mérito, pede a concessão da ordem em definitivo, nos termos pleiteados em sede de liminar (fls. 3/17).

É o relatório.

De imediato, vislumbro, de plano, ilegalidade apta à concessão parcial da ordem neste *writ*.

Primeiramente, importante transcrever trecho da denúncia, que descreve a conduta do paciente nos seguintes termos (fl. 81 – grifo nosso):

> Segundo consta dos autos, na data e horário mencionados, durante patrulhamento de rotina, a Polícia Militar abordou o veículo ocupado pelo denunciado, Kaina Antônio Batista, e outros três indivíduos. Diante do nervosismo apresentado pelo autor durante a abordagem e das várias informações acerca do seu envolvimento na prática do tráfico de drogas na residência local dos fatos, citada como lugar de preparação e armazenamento de drogas, os

policiais militares, em continuidade das diligências, se deslocaram até o imóvel. Realizadas buscas na casa, foram encontrados 1625 (mil, seiscentas e vinte e cinco) pedras de substância semelhante a crack, embaladas para o comércio; 35 (trinta e cinco) porções de substância semelhante a cocaína, embaladas para o comercio; 01 (um) tablete de substância semelhante a maconha: 03 (três) tabletes grandes de substância semelhante a *crack* e outros 03 (três) tabletes menores da mesma substância: um frasco contendo cafeína e uma embalagem contendo bicarbonato de sódio, produtos conhecidos por serem utilizados como mistura na preparação de drogas; **02 (duas) balanças de precisão: três liqüidificadores; facas; lâminas e várias vasilhas, todos com resquícios de drogas; vários saquinhos plásticos utilizados na embalagem de drogas: a quantia de R$ 3.732,00 (três mil. setecentos e trinta e dois reais) em dinheiro e, ainda, 11 (onze) munições de arma de fogo, calibre .38. Na ocasião, o denunciado. Kaina, assumiu a propriedade de todas as substâncias e objetos apreendidos na residência e confessou a prática do comércio ilegal de drogas.** Diante desse contexto, Kaina Antônio Batista foi preso em flagrante delito.

Os laudos toxicológicos definitivos acostados às fls. 63/73 atestaram que as substâncias apreendidas se tratavam de 1.548 Kg (um quilograma e quinhentos e quarenta e oito gramas) de cocaína e 334g (trezentos e trinta e quatro gramas) de maconha, substâncias de uso proibido no Brasil, nos termos da Portaria n°. 344/1998, expedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Provocado a se manifestar sobre o tema, extrai-se o seguinte do acórdão no que tange à fixação da pena-base (fls. 27/28 – grifo nosso):

Quanto a pretensão de redução da pena-base aplicada ao ora apelante, tenho que descabida, vez que esta foi aplicada em consonância com as diretrizes legais.

Por oportuno, destaca-se que, ao individualizar a reprimenda, deve o julgador examinar de forma cuidadosa os elementos referentes ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma fundamentada, uma pena justa, proporcional, que seja suficiente para reprovação do delito. Quando considerar qualquer uma destas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o magistrado tem o dever de expor suas razões, de forma devidamente motivada, como prescreve o art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

A reprimenda imposta, além de técnica, não deve revelar-se excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea como resposta social considerada à medida da reprovabilidade da conduta, de modo que dentro do prudente arbítrio, o Julgador deverá escolhera pena declinando, fundamentadamente, a aplicação de causas de aumento e diminuição presentes ao caso.

Na sentença fustigada, a pena-base do apelante restou exasperada em razão da grande quantidade das drogas apreendidas, sendo fixada em 08 (oito) anos de reclusão em relação ao delito de Tráfico (art. 33 da Lei 11.343/06).

No caso em tela, verifica-se que o critério trifásico de fixação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal, foi rigorosamente observado pelo magistrado primevo, que analisou de forma individualizada todas as circunstâncias judiciais na primeira fase e, considerando desfavorável a quantidade de drogas, fundamentando tal mácula, tenho que restou justificada a exasperação da pena-base.

> Ora, é sabido que basta a presença de uma circunstância judicial desfavorável para que seja possível fixar a pena-base em patamar acima do mínimo legal. Há que se ressaltar ainda que a fixação da pena-base está no âmbito de discricionariedade do julgador, o qual está, obviamente, limitado aos parâmetros estabelecidos em lei.
>
> Desta forma, a meu ver, a reprimenda aplicada mostra-se justa e suficiente.

No que tange à fixação da pena-base, o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos.

A esse respeito: AgRg no AREsp n. 1.140.562/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/5/2018.

Ademais, o *quantum* de aumento decorrente da negativação das circunstâncias não está estipulado no Código Penal, de forma que devem ser observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena (Cf. HC n. 416.254/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/10/2017).

In casu, a quantidade de drogas, de fato, mostra-se relevante (1,5 Kg de cocaína e 334 g de maconha), o que autoriza a exasperação da reprimenda-base (cf. AgRg no HC n. 467.449/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/3/2019).

No entanto, o *quantum* de exasperação se mostra desproporcional, de modo a ensejar a concessão da ordem para redimensionar o aumento na pena-base em 1/6.

Assim, passa a pena-base para 5 anos e 10 meses de reclusão.

Quanto ao pedido de reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, importante observar que não houve debate sobre o tema na instância local, motivo pelo qual inviável o debate do tema nesse ponto, sob pena de supressão de instância.

Nesse ponto, importante destacar que a sentença reconheceu ambas atenuantes (fls. 71/72):

> Não existem circunstâncias agravantes a serem analisadas. Reconheço, no

> entanto, em favor do réu, a existência da circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista pelo art. 65, III, "d", do Código Penal, bem como a que diz respeito ao fato do agente ser menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, prevista pelo art. 65, I, do mesmo estatuto, razão pela qual reduzo as penas a 6 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Assim, mantida a diminuição de 1 ano e 6 meses pela atenuante, fica a pena provisória em 5 anos de reclusão, nos termos da Súmula 231/STJ.

Quanto à causa de diminuição descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, observa-se o seguinte no ato coator (fls. 30/31):

> No caso em tela, verifica-se que o apelante não preenche os requisitos necessários para o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei de Drogas, eis que restou demonstrada a sua dedicação a atividades criminosas.
>
> Nesse ponto, vale trazer as ponderações de Jayme Walmer de Freitas, Juiz criminal em Sorocaba/SP, expostas em seu artigo "A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei antidrogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade".
>
> Segundo o referido autor, atividade criminosa, no campo jurídico, "representa o complexo de episódios pretéritos na vida do agente, afora a reincidência e os maus antecedentes, aptos a ofenderem o ordenamento jurídico e a macularem sua personalidade" e pode ser aferida mediante análise de circunstâncias subjetivas (relacionadas à pessoa) e objetivas, aquelas relacionadas à situação fática. Exige habitualidade e devido a sua natureza residual, engloba todas as situações que não caracterizam maus antecedentes, como explica o autor:
>
> [...]
>
> Assim, segundo entendimento de Jayme Walmerde Freitas, "se a situação pretérita que macula ou emparia a vida pregressa do agente não configurar maus antecedentes, poderá indicar sua dedicação a atividades criminosas".
>
> Neste contexto, o autor apresenta alguns itens que devem ser analisados e algumas situações de "cunho residual", que podem indicara dedicação a atividades criminosas e devem ser sopesadas para aferição do cabimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4°, da Lei 11.343/2006. São elas: a) a conduta social do agente; b) o concurso eventual de pessoas; c) a receptação ("é comum o traficante ser receptador"); d) os apetrechos relacionados ao tráfico ("papel celofane, plásticos, papel alumínio, ampolas ou assemelhados, recortados ou não, utilizados para embalagem de porções individualizadas")-, e) a quantidade de droga; e f) as situações residuais dos maus antecedentes ("sentenças condenatórias não definitivas, processos e inquéritos em andamento em quantidade expressiva ou qualitativamente relevantes", por exemplo, por tráfico de drogas).
>
> ***In casu,* as circunstâncias fático-probatórias atestam a dedicação do apelante a atividades criminosas, mormente a apreensão de grande quantidade de drogas e munições para arma de fogo, o que demonstra estruturada atividade criminosa.**
>
> Assim, ausentes os requisitos subjetivos previstos no §4°, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, não há como ser aplicada a referida causa especial de diminuição de pena.

Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça já assentou não ser suficiente a conclusão pelo pertencimento à organização criminosa ou dedicação às atividades criminosas com base exclusiva na quantidade de drogas.

Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.716.202/PR, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 12/6/2018.

Admite-se, no entanto, que a quantidade seja elemento de convicção acerca do pertencimento à organização criminosa ou da dedicação às atividades criminosas.

Essa diferenciação entre elemento de convicção e fundamento exclusivo foi esmiuçada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 118.697/SP, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 27/5/2014.

In casu, o Tribunal local, a despeito de ter mencionado a quantidade de drogas, descreveu, ainda, a apreensão de arma de fogo (11 munições de revólver calibre .38), o que autoriza afastar a benesse pleiteada.

Em suporte ao assentado:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE OU QUALIDADE COMO FUNDAMENTO EXCLUSIVO PARA NEGAR A CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE 2,6 G DE CRACK, ARMA E BALANÇA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça entende não ser suficiente a conclusão pelo pertencimento à organização criminosa ou pela dedicação às atividades criminosas com base exclusiva na quantidade de drogas, admitindo tal vetor apenas como um elemento de convicção (HC n. 118.697/SP, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 27/5/2014 - STF).
>
> 2. *In casu*, a causa de diminuição não foi concedida com base exclusivamente na quantidade de drogas, ínfima no caso concreto (2,5 g de crack), mas também em razão da apreensão de balança de precisão e arma de fogo.
>
> 3. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no AREsp n. 1.200.775/ES, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 12/3/2018)

Não prospera, assim, a impetração no ponto, ficando a pena de tráfico definitiva em 5 anos de reclusão.

Por fim, quanto à pleiteada atipicidade da conduta descrita no art. 12 da Lei

n. 10.826/2003, consta no acórdão (fls. 24/27):

> Pretende a defesa, a absolvição do apelante quanto à imputação da prática do delito de posse irregular de munições para arma de fogo, previsto no art. 12 da Lei 10.826/06, alegando que a conduta seria atípica, vez que não houve apreensão de arma de fogo.
>
> Tenho que sem razão, haja vista a gravidade abstrata do delito em questão.
>
> Insta asseverar que coaduno com o entendimento de que o porte ou posse de arma ou munições é crime de mera conduta, dispensando, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, ou seja, a simples conduta de portar ou possuir o objeto amolda-se à figura típica, não se exigindo concreta situação de dano para que a conduta se amolde aos tipos previstos nos arts. 12 e 14 da lei n.° 10.826/03.
>
> Assim, sendo incontroverso que o apelante possuía munições para arma de fogo, resta configurada a prática do delito de posse irregular de munições, amoldando-se a conduta prevista no art. 12 da Lei 10.826/06.
>
> Neste sentido os seguintes julgados das Cortes Superiores:
>
> [...]
>
> Tem-se assim que, ainda que as munições apreendidas em poder do acusado estivessem desacompanhadas da arma de fogo, atestada sua idoneidade ofensiva por laudo pericial (fls. 74/75), a manutenção da condenação é medida que se impõe, uma vez que é prescindível a demonstração de efetivo perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Não há falar na atipicidade material da conduta praticada ou na incidência do princípio da insignificância, ainda mais considerando a quantidade de munição apreendida que não é inexpressiva, 11 munições de calibre .38, aliado ao contexto de tráfico.

Confira-se: AgRg no HC n. 413.017/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/2/2018.

Mantidas as condenações às penas de 5 anos de reclusão e 1 ano de detenção, necessário readequar o regime inicial para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, **defiro liminarmente** a ordem apenas para fixar a pena-base do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em 5 anos de reclusão, no regime semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Intime-se o Ministério Público de Minas Gerais.

Publique-se.

Brasília, 1º de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator