

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 535.357 - MS (2019/0286424-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ELIAS CESAR KESROUANI - MS004378
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : KATIA GONCALVES QUEVEDO (PRESO)
PACIENTE : MARCOS RODRIGUES DIAS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

KATIA GONÇALVES QUEVEDO e MARCOS RODRIGUES DIAS alegam ser vítimas de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** (Apelação Criminal n. 0003501-93.2017.8.12.0021).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, cada um, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material.

A defesa busca, por meio deste *writ*, seja: a) reduzida a pena-base aplicada em relação ao delito de tráfico de drogas; b) reconhecida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; c) fixado o regime inicial mais brando.

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

Decido.

I. Pena-base

Superior Tribunal de Justiça

No que tange à pretendida redução da pena-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, entendeu devida a fixação da pena-base acima do mínimo legal (em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa), "considerando as circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei 11.343/06, sobretudo a natureza da droga apreendida, no caso, a cocaína, substância esta extremamente nociva" (fl. 368).

No entanto, embora tal elemento constitua, de fato, circunstância preponderante a ser considerada na dosimetria da pena e não obstante a natureza da substância trazida pelos acusados – **cocaína** – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, entendo que **a quantidade de substância apreendida – 27,7 g – não foi excessivamente elevada**, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas tal circunstância para justificar a exasperação da pena-base.

Do contrário, qualquer agente que fosse apreendido com

crack ou com cocaína, ainda que com uma porção com peso de 5 g, por exemplo, deveria ter a sua pena-base estabelecida acima do mínimo legal – a pretexto de correta aplicação do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 –, o que, evidentemente, não se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Considero, na verdade, que a apreensão de certa quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é **inerente ao próprio crime** previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, até porque, em regra, o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo, conforme entendimento, aliás, externado pela Terceira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos **EResp n. 1.544.057/RJ** (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 9/11/2016).

Diante de tais considerações, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de reduzir a pena-base de ambos os pacientes, em relação ao crime de tráfico de drogas, para o mínimo legalmente previsto, ou seja, para **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa**, porquanto todas as demais circunstâncias judiciais lhes foram tidas como favoráveis.

Apenas *ad cautelam*, esclareço que a concessão da ordem – nos termos em que delineados anteriormente – **em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado**; trata-se, na verdade, de controle de legalidade dos critérios empregados pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena, bem como de correção – perfeitamente possível em habeas corpus – de uma **evidente discrepância** na reprimenda imposta aos acusados.

A propósito, destaco que, segundo entendimento do 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**, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores." (**RHC n. 105.921/PE**, Rel. Ministro **Marco Aurélio**, 1ª T., DJe 28/4/2016), situação verificada no caso.

II. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

Superior Tribunal de Justiça

A Corte estadual, ao dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, assim fundamentou a impossibilidade de incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no que interessa, *in verbis* (fl. 368):

Nesse passo, havendo provas suficientes nos autos acerca da manutenção de "ponto de comércio de drogas", **popularmente conhecido por "boca de fumo" pelos acusados em sua residência**, conclui-se que eles dedicavam-se à atividade criminosa (traficância), o que afasta a concessão do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, o Tribunal – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou **elementos concretos** dos autos (em especial o fato de que os réus mantinham uma boca de fumo em sua residência) que evidenciam que **as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão** não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a **atividades criminosas**, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que os pacientes não se dedicariam a

atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

III. Nova dosimetria

Em razão da modificação efetivada na reprimenda-base dos réus, no que tange ao delito de tráfico de drogas, deve ser realizada a nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, a sanção ficou estabelecida no mínimo legalmente previsto, 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, não há nenhuma causa de aumento ou de diminuição, motivo pelo qual fica a pena dos pacientes, em relação ao crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, definitiva em **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.**

No que diz respeito ao delito descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal, a reprimenda ficou estabelecida em **1 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.** Assim, considerando o concurso material de crimes, devidamente reconhecido pelo Juiz sentenciante, somo ambas as penas (art. 69 do CP) e, por conseguinte, **torno a sanção de cada um dos pacientes definitiva em 6 anos de reclusão e pagamento de 510 dias-multa.**

IV. Regime inicial de cumprimento de pena

Em relação ao regime de cumprimento de pena, deve ser mantida a imposição do modo **inicial semiaberto**, porque, embora a reprimenda-base de ambos os delitos haja sido fixada no mínimo legal e não obstante os réus fossem tecnicamente primários ao tempo dos delitos, eles foram definitivamente condenados a **sanção superior a 4 anos** de reclusão. Inteligência do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de reduzir ao mínimo legal a pena-base imposta em relação ao crime de tráfico de drogas e, por conseguinte, diminuir a reprimenda de cada um dos acusados para 6 anos de reclusão e pagamento de 510 dias-multa, já considerado o concurso material.

Superior Tribunal de Justiça

Comunique-se o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

