

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.091 - MG (2019/0290532-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
MAURICIO ROCHA FONTOURA - BA015966
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GABRIEL ALESSANDRE DE MELO SILVA BORGES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de GABRIEL ALESSANDRE DE MELO SILVA BORGES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação Criminal n. 1.0702.18.102336-8/0001.

De acordo com os autos, o paciente foi condenado às penas de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado na posse de 15 papérolas de cocaína, pesando, aproximadamente, 12,25g e 13 buchas de maconha, pesando, aproximadamente, 27,20g de maconha – e-STJ fls. 107-117.

A apelação defensiva foi parcialmente provida pelo Tribunal de origem para reduzir a reprimenda imposta ao réu para reduzir a pena para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mantida as demais disposições da sentença – e-STJ fls. 185-201.

Segundo a impetração, o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em resumo, porque a pena-base relativa ao delito de tráfico de drogas teria sido indevidamente exasperada, visto que a quantidade de droga apreendida foi ínfima, devendo, assim, ser fixada no mínimo legal.

Requer a concessão sumária e definitiva do *writ* para que seja redimensionada a reprimenda.

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 271-286).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 291-295).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Acerca do tema deste *habeas corpus*, é preciso ter presente que os Tribunais

Superior Tribunal de Justiça

Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitida a alteração do regime inicial ou o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou de diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

No que se refere à fixação da pena-base, constata-se que o Tribunal *a quo* manteve o incremento de 10 (dez) meses promovido pelo Magistrado singular em razão da natureza da droga apreendida, *in verbis* (e-STJ fl. 198):

"Foi apreendida cocaína, substância entorpecente de maior nocividade, o que certamente reclama a exasperação das reprimendas básicas".

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No entanto, da análise do trecho acima transcrito, constata-se que o aumento efetivado na origem com base na natureza da droga apreendida não pode persistir, tendo em vista a pequena quantidade apreendida – 12,25g de cocaína.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXACERBADA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. AGRAVANTE. PATAMAR DE AUMENTO ACIMA DO QUANTUM DE 1/6 (UM SEXTO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A circunstância judicial relativa à quantidade de drogas, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de 42,4g (quarenta e dois

Superior Tribunal de Justiça

gramas e quatro centigramas) de "maconha", bem como 6,7g (seis gramas e sete centigramas) de "cocaína". Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal. Precedentes.

2. A quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar pelo patamar mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). A reincidência específica não enseja aumento da pena na segunda fase da dosimetria, de forma isolada, em patamar mais elevado. Precedentes.

3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa.

(HC 473.289/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe de 11/03/2019, sem grifos no original.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.

2. O art. 42 da Lei de Drogas autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento no volume de estupefaciente apreendido, contudo, **a pequena quantidade de droga não constitui fundamento idôneo a justificar o incremento da sanção inicial.** Precedente.

3. Destaca-se que a redução operada da sanção inicial não constitui revolvimento de matéria fático-probatória, mas apenas reavaliação jurídica dos fatos delineados no acórdão.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 442.276/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe de 04/09/2018, sem grifos no original.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DROGA DESTINADA A EVENTO RECREATIVO COM A PRESENÇA DE MENORES DE IDADE. ELEMENTO INERENTE

Superior Tribunal de Justiça

AO TIPO PENAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA AO MÍNIMO LEGAL, NA PRIMEIRA ETAPA DOSIMÉTRICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A dosimetria da pena, como é cediço, insere-se dentro de um juízo

de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base do agravado foi exasperada, no quantum de 1/6 sobre o mínimo legal, em consideração à quantidade e à natureza da droga apreendida - apreensão de 30 porções de cocaína, contendo, aproximadamente, 21,9g - e ao fato de que o material entorpecente se destinava a uma festa que ocorria em uma chácara e contava com a presença de diversos menores de idade.

- Embora de natureza consideravelmente deletéria, a quantidade do material entorpecente encontrado com o agravado não é relevante, não ensejando o aumento da pena-base. Outrossim, diante dessa mesma quantidade encontrada, no caso em comento, é precisamente a circunstância de que o agente estaria transportando a droga para evento recreativo que leva à configuração do delito de tráfico de drogas.

- Sendo, avaliada globalmente, a quantidade da droga apreendida inexpressiva, de fato não justificava o aumento da pena imposto, na primeira etapa dosimétrica, de maneira que foi correta, na falta de parâmetros idôneos outros que autorizassem o incremento punitivo, a redução da pena-base ao mínimo legal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 413883/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe de 16/11/2018; grifos acrescentados).

Dessa forma, verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, merece ser reformado o acórdão recorrido a fim de reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, mantido o aumento de 1/6 (um sexto) em razão da reincidência, chega-se a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento ou de diminuição, fica a sanção definitivamente fixada em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do

Superior Tribunal de Justiça

writ, **concedendo**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para estabelecer as reprimendas finais em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 25 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator

