

HABEAS CORPUS Nº 470.402 - MS (2018/0246519-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MIQUEIAS DA COSTA PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (83 G DE COCAÍNA), SENTENÇA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. COCAÍNA. QUANTIDADE NÃO EXCESSIVA. DESPROPORCIONALIDADE. REDIMENSIONAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL. REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 8 E SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 440/STJ. APLICABILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Miqueias da Costa Pereira**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à apelação interposta pelo paciente, com acórdão assim ementado (fls. 308/312 – Apelação n. 0006397-51.2017.8.12.0008):

APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ART. 33, § 3º, DA LEI N.º 11.343/06 – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE NA DEMONSTRAÇÃO DA MERCANCIA – PENA-BASE – COCAÍNA – ELEMENTO JUDICIAL PREPONDERANTE – EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA – DIMINUTA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – RIGOR NECESSÁRIO – NÃO PROVIMENTO.

O farto conjunto probatório desfavorável apontando para a prática do crime de tráfico de drogas torna inviável o acolhimento do pleito de readequação da conduta ao tipo previsto no art. 33, § 3º, da Lei n.º 11.343/06.

A natureza da droga (cocaína) é elemento preponderante na fixação da pena-base, justificando a exasperação.

Não se aplica a diminuta da eventualidade quando comprovada a dedicação a atividade criminosa em "boca de fumo".

Superior Tribunal de Justiça

Não há que se falar em abrandamento de regime prisional quando as circunstâncias evidenciam que tal concessão mostra-se insuficiente à reprovação e prevenção do delito praticado.

Apelo defensivo a que se nega provimento, ante a correção da decisão nos pontos discutidos.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Corumbá/MS condenou o paciente pela prática do crime de tráfico de drogas (83 g de cocaína – fl. 179) às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa (fls. 194/203)

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente na falta de proporcionalidade e de razoabilidade na dosimetria da pena, em razão da exasperação da reprimenda-base, e na fixação do regime inicial fechado.

Sustenta-se que *o Juiz a quo ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, teve como desfavorável: “natureza da droga”, já que trata de cocaína (83 gramas). Diante dessa valoração negativa, majorou a pena-base em 01 (um) ano de reclusão. [...] Primeiramente, vale destacar que o delito em foco possui a pena-base em 5 (cinco anos) e a majoração ora citada eleva a pena em 1/6 infringindo diretamente os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade (fl. 5).*

Aduz-se, ainda, que a sentença *fixou o regime fechado para cumprimento inicial da pena, por ser o crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, bem como pela análise prejudicial das circunstâncias preponderantes (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) – (fl. 12).*

Postula-se, então, a concessão liminar da ordem, a fim de que seja reduzida a pena-base e fixado o regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Busca a impetração o redimensionamento da pena imposta com a redução da pena-base e o abrandamento ao regime inicial semiaberto, sob o argumento de ausência de motivação idônea para o *quantum* de exasperação aplicado e para a fixação do regime fechado.

Assim, da atenta análise dos autos verifica-se que a sentença fixou a pena-base do paciente, na primeira fase da dosimetria, acima do mínimo legal (6 anos de reclusão e 600 dias-multa), fundamentando-a nos seguintes termos (fl. 200 – grifo nosso):

[...]

Analisando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a **culpabilidade**, ou seja, o grau de reprovabilidade não excede a normalidade da conduta prevista no tipo penal, de transportar substância entorpecente de uso proibido; os **antecedentes** não lhe prejudicam, já que, às fls. 74-75, não há condenação com trânsito em julgado em seu desfavor; não há elementos nos autos capazes de aferir sua **conduta social** ou sua **personalidade**, de modo que não lhe prejudicam; os **motivos** da prática da infração penal não lhe prejudicam, pois comuns à espécie, qual seja, a intenção de lucro fácil e rápido em situação de dificuldade financeira; as **circunstâncias** não destoam da normalidade; as **consequências** do crime são comuns à espécie; o **comportamento da vítima**, no caso toda a sociedade, em nada contribuem para a prática do delito. A **quantidade** da droga não merece valoração negativa. Contudo, a **natureza** da droga merece valoração negativa, uma vez que, dentre as substâncias encontradas, continha cocaína, substância altamente nociva, principalmente se comparada a outras, atentando-se, pois, para as diretrizes do artigo 59, do Código Penal e artigo 42, da Lei n. 11.343/2006. [...]

Por seu turno, o Tribunal *a quo* manteve a exasperação da pena-base ao fundamento de inexistência de exagero ou desproporcionalidade, pois a natureza do entorpecente – cocaína – é *circunstância judicial preponderante para a fixação da pena* (fl. 311).

Em relação à pretensão de redimensionamento da reprimenda, quanto à exasperação da pena-base, fundamentada na natureza do entorpecente apreendido, razão assiste à impetração, uma vez que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, *não obstante a natureza da substância* –

Superior Tribunal de Justiça

cocaína – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, a quantidade de substâncias encontradas com o acusado não foi excessivamente elevada, de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado, tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base. 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 o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo (AgRg no AREsp n. 984.996/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 29/5/2018).

Assim, necessário o redimensionamento da pena do paciente, fixando-se a pena-base no mínimo legal, na primeira fase da dosimetria, em 5 anos de reclusão e em 500 dias-multa. Sem alterações, na segunda e terceira fases, conforme fundamentação da sentença (fl. 200) –, tornando-a definitiva em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Por fim, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, tem-se que o primeiro grau de jurisdição fixou o regime fechado, por ser o *crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, bem como pela análise prejudicial das circunstâncias preponderantes* (fl. 201) e a Corte local manteve, pois *comprovada a dedicação do acusado à venda habitual de drogas em "boca de fumo", bem como em razão da natureza da ilícita substância apreendida* (fl. 312).

Ocorre que o posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito (Enunciado n. 440 da Súmula do STJ).

Assim, considerando o redimensionamento da pena-base para o mínimo legal, a pena definitiva imposta (5 anos) e a fundamentação das instâncias

Superior Tribunal de Justiça

ordinárias para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Pelo exposto, **concedo liminarmente** a ordem a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente, decorrente do afastamento da exasperação da pena-base, para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto, referente à Ação Penal n. 0006397-51.2017.8.12.0008, da 2ª Vara Criminal da comarca de Corumbá/MS.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 27 de setembro de 2018.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator