

HABEAS CORPUS 209.023 MINAS GERAIS

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S) : MAYCON GUILHERME SILVA GANGANA
IMPTE.(S) : ANDRE MARTINO DOLABELA CHAGAS E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 701.880 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANIFESTA ILEGALIDADE A AFASTAR A SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO NA ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Relatório

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado em 12.11.2021 por André Martino Dolabela Chagas e outro, advogados, em benefício de Maycon Guilherme Silva Gangana, contra decisão do Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, pela qual, em 26.10.2021, indeferida a medida liminar requerida no *Habeas Corpus* n. 701.880:

“Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de MAYCON GUILHERME SILVA GANGANA em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n. 1.0024.18.139611-0/001).

O paciente foi condenado, na origem, às penas de 9 anos de reclusão em regime fechado e de 950 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Foi-lhe indeferido o direito de recorrer em liberdade, pois, durante toda a instrução, esteve preso cautelarmente.

Interposta a apelação, o recurso foi parcialmente provido para

HC 209023 / MG

fixar as penas definitivas em 7 anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 700 dias-multa.

Nas razões do presente writ, a defesa alega que o TJMG exasperou injustificadamente a pena-base em 2 anos, considerando a natureza e quantidade das substâncias apreendidas, haja vista a existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável.

Aduz que deve ser reconhecido o tráfico privilegiado, visto que o paciente preenche todos os requisitos para obter a causa de diminuição de pena.

Requer, liminarmente e no mérito, seja redimensionada a pena-base, valorando a circunstância judicial desfavorável na fração máxima de 1/8, tal como seja reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com a conseqüente incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima, e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório. Decido.

Em juízo de cognição sumária, verifica-se que inexistente flagrante ilegalidade que justifique o deferimento do pleito liminar.

Considerando que o pedido confunde-se com o próprio mérito da impetração, a análise mais aprofundada da matéria ocorrerá por ocasião do julgamento definitivo.

Assim, não obstante as razões apresentadas pela defesa, é imprescindível detida aferição dos elementos de convicção constantes dos autos para verificar a existência do constrangimento ilegal alegado.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

Solicitem-se ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeiro grau informações – sobretudo acerca do andamento atualizado do processo e de eventual alteração na situação prisional do paciente –, que deverão ser prestadas preferencialmente pela Central do Processo Eletrônico e com senha de acesso para consulta aos autos.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal”.

2. Os impetrantes narram que, “[e]m 02/09/2019, o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, a pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 950 (novecentos

HC 209023 / MG

e cinquenta) dias-multa.

No momento de fixação da pena, especificamente na 1ª fase da dosimetria da pena, a magistrada valorou negativamente a circunstância relativa à quantidade de drogas apreendida em posse do paciente.

Além disso, na terceira fase, foi afastada a incidência da causa de diminuição de pena prevista no Artigo 33, §4º, em razão da suposta comprovação das atividades criminosas praticadas pelo paciente.

Por conseguinte, foi interposto recurso de apelação no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ocasião em que foi dado parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena do paciente para a reprimenda de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Em seguida, a defesa do paciente impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de empregar a fração de 1/8 na valoração das circunstâncias judiciais desfavoráveis no momento de fixação da pena-base, bem como pleitear a causa de diminuição de pena prevista no Artigo 33, §4º da Lei 11.343/06.

No entanto, o pedido de liminar foi indeferido”.

Alegam ausência de fundamentação para o indeferimento da medida liminar no Superior Tribunal de Justiça, afirmando ser necessária a flexibilização da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal na espécie, pois teria havido equívoco na dosimetria da pena imposta ao paciente.

Sustentam que, “[n]a 1ª fase da dosimetria da pena, o TJMG entendeu por bem exasperar a pena-base em 2 (dois) anos, apontando como circunstância judicial desfavorável a quantidade de entorpecentes apreendida.

(...) Todavia, a turma julgadora não apresentou nenhuma justificativa que ampare o emprego de tal exasperação discricionária e solipsista, em dissonância ao dispositivo constitucional que exige a fundamentação de todas as decisões judiciais, previsto no Artigo 93, IX da CRFB/88”.

Asseveram que o paciente preencheria os requisitos para a aplicação

HC 209023 / MG

da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e teria ocorrido *bis in idem*, pois a “quantidade de entorpecentes, já valorada na 1ª fase a título de exasperação da pena-base, foi novamente levada em consideração na 3ª fase, com o propósito de examinar o preenchimento dos requisitos para reconhecimento da figura do tráfico privilegiado”.

Estes os requerimentos e o pedido:

“A. Seja redimensionada a pena-base, valorando a circunstância judicial desfavorável na fração de 1/8, conforme jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores;

B. Seja reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com a conseqüente incidência da causa de diminuição de pena prevista no Artigo 33, §4º da Lei 11.343/06;

C. Seja substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, levando em consideração a natureza do crime e a quantidade da pena aplicada;

D. No mérito, seja concedida a ordem nos exatos termos da liminar pleiteada”.

Examinada a matéria posta à apreciação, **DECIDO**.

3. A decisão questionada é monocrática, de natureza precária e desprovida de conteúdo definitivo. O Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu a medida liminar requerida, julgou ausentes as condições para o acolhimento do requerimento, requisitou informações e determinou o encaminhamento do processo ao Ministério Público Federal, para, instruído o feito, dar-se o regular prosseguimento do recurso ordinário em *habeas corpus* até o julgamento na forma pleiteada.

O exame do pedido formalizado naquele Superior Tribunal ainda não foi concluído. A jurisdição ali pedida está pendente e o órgão judicial atua para prestá-la na forma da lei.

HC 209023 / MG

4. Este Supremo Tribunal tem admitido, em casos excepcionais e em circunstâncias fora do ordinário, o temperamento na aplicação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal: *“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”*.

Essa excepcionalidade é demonstrada em casos nos quais se patenteie flagrante ilegalidade ou contrariedade a princípios constitucionais ou legais na decisão questionada.

5. Na espécie em análise, evidencia-se flagrante ilegalidade para a superação da Súmula n. 691 deste Supremo Tribunal.

6. Anoto ter sido o paciente condenado em primeira instância pela prática do delito de tráfico de entorpecente às penas de 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 950 dias-multa.

A defesa do paciente interpôs recurso de apelação criminal (Processo n. 1.0024.18.139611-0/001), Relator o Desembargador Doorgal Borges de Andrada, ao qual a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu parcial provimento para reduzir a pena do paciente para 7 anos de reclusão e 700 dias-multa e mudar o regime prisional de fechado para semiaberto:

“Maycon Guilherme Silva Gangana

A pena-base foi fixada em 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 950 (novecentos e cinquenta) dias multa, por terem sido consideradas como desfavoráveis as circunstâncias judiciais atinentes à culpabilidade, conduta social e consequências do crime, bem como pela quantidade de drogas.

Entretanto, é inviável valorar a culpabilidade como negativa considerando a consciência da ilicitude da conduta e a reprovabilidade social do delito de tráfico de drogas, pois a basilar judicial não se confunde com a ‘culpabilidade’ necessária para constituição do delito.

Da apurada análise do caso concreto, é possível verificar que a

HC 209023 / MG

conduta do recorrente em nada extrapola a reprovabilidade ou censurabilidade própria aos crimes dessa natureza, não havendo, motivos para elevar a pena-base com ênfase na basilar culpabilidade. Portanto, tenho como neutra no presente caso.

O acusado não ostenta maus antecedentes.

A conduta social também não deve ser tida como desfavorável. Isso porque entendo que a conduta social de um agente deve ser aferida através de seu comportamento no seio social, familiar e profissional, revelada através de seu relacionamento no meio em que vive. Sendo assim, o exame da conduta social de um réu, na esmagadora maioria das vezes, prescinde de um prévio estudo social, estudo este inexistente na hipótese dos presentes autos.

Estão ausentes, dessa forma, relatos testemunhais que apontem negativamente a conduta social do acusado, donde a reputo favorável, data venia.

Em relação à personalidade, na mesma toada, não há elementos que indiquem o tipo de personalidade do réu, entendida como o seu caráter, a sua índole, guardando estreita relação com os traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo na vida cotidiana, sob condições normais, razão pela qual a reputo como favorável.

Os motivos e as circunstâncias do delito foram aqueles inerentes ao tipo penal.

A meu ver, as consequências também devem ser tidas como favoráveis ao apelante, eis que em nada extrapolam à inerente consequência do tipo penal, qual seja a distribuição de droga para consumo dos usuários, o que certamente, repercute no contexto social em que o crime é praticado, bem como para as famílias de quem faz o uso da droga.

O comportamento da vítima é circunstância neutra in casu.

Ademais, para fixação da pena-base, deve-se levar em conta as circunstâncias do art. 59 do CP e o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, atinente à natureza e variedade das substâncias apreendidas. Se foi apreendida grande quantidade de drogas - maconha com peso total de 175kg476g -, entendo ser possível a exasperação da pena-base.

HC 209023 / MG

Levando em consideração a presença de 01 (uma) circunstância judicial desfavorável, salientando, ainda, que foi apreendida exorbitante quantidade de drogas, mostra-se razoável a fixação da pena-base no patamar de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, não existem atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, não existem causas de aumento ou de diminuição de pena.

Válido frisar que não acarreta bis in idem a apreciação da quantidade de entorpecentes como óbice ao reconhecimento da referida benesse.

A quantidade de droga apreendida apenas não pode servir para aumentar a pena-base e, ao mesmo tempo, justificar o patamar de redução pela minorante do artigo 33, §4º, da Lei de Tóxicos.

No caso em apreço, não se está considerando a quantidade de entorpecentes para agravar a reprimenda do acusado, mas somente para a análise dos requisitos necessários à concessão do benefício do tráfico privilegiado.

Dessa feita, fica a pena definitivamente concretizada em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Quanto ao regime prisional, no caso sub judice, embora a quantidade de drogas apreendida na operação policial seja realmente muito grande, creio que somente tal fato não é suficiente para indeferir, de forma isolada, a fixação do regime semiaberto, notadamente diante da pena aplicada para o réu (07 anos e 06 meses de reclusão).

De fato, as demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP foram consideradas favoráveis ao acusado, sendo Maycon primário e possuidor de bons antecedentes. Dessa forma, acredito que a fixação do regime intermediário é o mais recomendável no caso em tela, sendo suficiente à reprovação e prevenção delitivas.

Creio que as circunstâncias fáticas que nortearam a prática do delito por parte do autor, como o fato de armazenar a grande quantidade de drogas, é alegação hábil, tão somente, para a procedida condenação, indeferimento do tráfico privilegiado e o aumento de pena

HC 209023 / MG

efetivamente realizados, mas não para justificar, por si só, a fixação de regime mais gravoso.

Assim, entendendo que o apelante atende aos requisitos exigidos no artigo 33, § 2º, 'b', e §3º, do CPB, não havendo impedimento para se aplicar regime prisional semiaberto, principalmente em respeito ao princípio da razoabilidade e ao quantum de pena fixado. Diante disso, fixo para o apelante o regime prisional semiaberto”.

7. Está evidenciada na espécie a ocorrência de *bis in idem*. Ao dar parcial provimento ao recurso de apelação criminal da defesa e reduzir as penas do paciente para 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, mudando o regime prisional de fechado para semiaberto, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais utilizou a quantidade e a natureza do entorpecente (175 quilos e 476 gramas de maconha) para a majoração da pena-base, estabelecendo-a em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria da pena, embora o órgão fracionário do Tribunal de Justiça mineiro tenha utilizado a quantidade e a natureza do entorpecente novamente para afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, assentou que não haveria *bis in idem*, pois não estaria adotando esse fundamento para definir o percentual dessa causa de diminuição, mas para afastá-la. Concluiu que a “*quantidade de droga apreendida apenas não pode servir para aumentar a pena-base e, ao mesmo tempo, justificar o patamar de redução pela minorante do artigo 33, §4º, da Lei de Tóxicos*”, e, na espécie, não estaria sendo considerada a “*quantidade de entorpecentes para agravar a reprimenda do acusado, mas somente para a análise dos requisitos necessários à concessão do benefício do tráfico privilegiado*”.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de caracterizar-se o *bis in idem* a utilização da quantidade e da natureza do entorpecente na primeira fase e na terceira fase da dosimetria da pena, seja considerando esse fundamento para afastar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ou para definir o percentual dessa

HC 209023 / MG

redução. Neste sentido, por exemplo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. INSUFICIÊNCIA PARA AFASTAR O REDUTOR. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME SEMIABERTO. 1. Caracteriza bis in idem o sopesamento da quantidade de droga na primeira e terceira fases da dosimetria. A matéria é estável nesta Suprema Corte e já fora objeto de Repercussão Geral, via da qual reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que a natureza e a quantidade de droga devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena, vedada, portanto, aplicação cumulativa na primeira e terceira fases (ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual). 2. Ao julgar o ARE 666.334/AM, esta Suprema Corte explicitou 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’, não havendo qualquer diferença, para efeito de tal entendimento, nos termos da jurisprudência consolidada, entre modular e afastar o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, admitir essa distinção teria como efeito o completo esvaziamento do pronunciamento veiculado por este Supremo Tribunal Federal, frustrando, sem qualquer fundamento legítimo, o alcance do entendimento firmado por este Tribunal. 3. Carece de fundamentação idônea o afastamento da minorante lastreado tão somente na quantidade de droga apreendida, caso não identificados outros elementos objetivos capazes de afirmar a dedicação à atividade criminosa ou de integração à organização criminosa. 4. Considerados a primariedade, os bons antecedentes ostentados pelo paciente, a ausência de envolvimento, ou de maior responsabilidade com organização criminosa, ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 5. Tendo em vista a aplicação da minorante do

HC 209023 / MG

§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/4 (um quarto), possível a fixação de regime prisional mais brando – semiaberto –, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. 6. Agravo regimental conhecido e não provido” (HC n. 177.766-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 17.6.2021).

Reconhecido o *bis in idem* na espécie, estão prejudicados os pedidos subsidiários formulados pelos impetrantes para o redimensionamento da pena-base, com a nova valoração da circunstância judicial tida por desfavorável na primeira fase da dosimetria da pena, e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o órgão fracionário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais terá que refazer a dosimetria da pena imposta ao paciente.

8. Pelo exposto, **nego seguimento ao presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício apenas para determinar ao Desembargador Doorgal Borges de Andrada, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator da apelação criminal interposta pela defesa do paciente (Processo n. 1.0024.18.139611-0/001), submeta novamente à Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o exame da dosimetria da pena do paciente, aplicando a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3 e, considerada a nova pena, reexamine o regime prisional e a possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

Oficie-se, com urgência, ao Desembargador Doorgal Borges de Andrada, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator da apelação criminal interposta pela defesa do paciente (Processo n. 1.0024.18.139611-0/001), e ao Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, para tomarem ciência e adotarem as providências imediatas para o integral cumprimento desta decisão.

Esta decisão não prejudica o *Habeas Corpus* n. 701.880 no Superior

HC 209023 / MG

Tribunal de Justiça, devendo sua tramitação prosseguir para o competente julgamento.

Remetam-se com os ofícios, com urgência e por meio eletrônico, cópias da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 19 de novembro de 2021.

Ministra CÁRMEN LÚCIA
Relatora