HABEAS CORPUS Nº 495.262 - MS (2019/0055869-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - MS004313
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	MARLON BARNI OVANDO RODRIGUES (PRESO)
PACIENTE	:	VANDERSON RIBEIRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MARLON BARNI OVANDO RODRIGUES e VANDERSON RIBEIRO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, respectivamente, a 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, e a 8 anos e 2 meses de reclusão e 816 dias-multa, ambos em regime inicial fechado, por prática de delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque transportavam cerca de 580kg (quinhentos e oitenta quilogramas) de maconha.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 327):

> *APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/06) - REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE - IMPOSSIBILIDADE - QUANTIDADE DA DROGA (ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06) - FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA - NÃO CABIMENTO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – RECURSO IMPROVIDO Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Embora a pena aplicada ao réu tenha sido fixada em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga justifica a imposição do modo prisional fechado, nos termos do art. 33, § 3º, c/c 42 da Lei nº 11.343/06.*
>
> *Com o parecer, recurso improvido.*

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, tendo em vista que houve a ilegal exacerbação desproporcional da pena-base e a fixação de regime fechado para o paciente MARLON BARNI OVANDO RODRIGUES.

Informações prestadas às e-STJ fls. 348/358.

Parecer ministerial pela denegação da ordem nos termos da ementa que se segue (e-STJ fl. 360):

> *PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE EXACERBADA DE DROGA APREENDIDA (580KG DE MACONHA). CRITÉRIO IDÔNEO. ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO OU DENEGAÇÃO DO WRIT.*

É, em síntese, o relatório.

Busca-se, com a presente impetração, a revisão da dosimetria penalógica levada a efeito pelas instâncias, na primeira fase, além da fixação de regime mais brando para o cumprimento da pena.

No que concerne ao aumento da basal, observo que a majoração deu-se em virtude da **grande quantidade de droga apreendida** em poder dos pacientes. Por oportuno, transcrevo o seguinte exceto do julgado levado a efeito pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 329):

> *Na primeira fase da dosimetria, o juízo a quo entendeu que "(...) Na forma do artigo 42 da Lei 11.343/2006, denoto que houve grande quantidade de maconha apreendida (580kg de maconha), o que deve ser levado em consideração para elevar a pena, por ser preponderante em relação às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal." (p.243)*
>
> *Como cediço, a quantidade de droga apreendida é uma das circunstancias que devem ser consideradas para fixação da pena base com preponderância sobre aquelas previstas no art. 59 do CP, circunstancias judiciais, conforme determina o art. 42 da Lei 11.343/06, que prevê peculiaridades referentes aos crimes de tráfico de entorpecentes.*

Nesse particular, vale registrar que a operação dosimétrica foi norteada pela aplicação conjunta dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei Antitóxicos, que, por

sua vez, acrescentou critério objetivo de preponderância a ser observado na fixação das penas. O mencionado art. 42 aduz que:

> *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.*

O diploma alhures transcrito foi inserido pelo legislador no ordenamento pátrio em homenagem ao princípio da individualização da pena e não pode ser desconsiderado pelo magistrado na aplicação da basal, o que contraria a alegação encartada pela defesa de que inexiste fundamento apto a majorar a pena prevista para o delito. Note-se que **foram apreendidas mais de meia tonelada de droga (maconha)** em poder dos pacientes.

Tem-se entendido, em verdade, que a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos são circunstâncias dotadas de autonomia e que se somam àquelas previstas no art. 59 do Código Penal. Sobre o tema, o abalizado vaticínio da doutrina:

> [...] *em crimes de tóxicos, na fixação da pena-base, o juiz dará prevalência à natureza e quantidade da substância ou produto (circunstâncias objetivas); em seguida, à personalidade e conduta social do agente (circunstâncias subjetivas). Elas se sobrepõem às demais circunstâncias preconizadas no art. 59 do Código Penal. É que aquelas são mais nocivas e concentram maior danosidade à saúde pública e periculosidade do agente* (MARCÃO, Renato. Tóxicos, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Nova lei de drogas, 4. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2007, pp. 353/354).

> *A Lei nova determina ao juiz que, na primeira etapa (fixação da pena-base) deve utilizar o CP (art. 59) subsidiariamente, considerando, com preponderância (maior peso), a natureza (espécie) e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade (caráter do sentenciado) e a conduta social do agente (comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e social)* GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coordenadores); et al. Legislação criminal especial [Coleção ciências criminais]. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010 p. 278.

Considerando que o bem jurídico tutelado pelo art. 33 da Lei de Tóxicos é a saúde coletiva, NUCCI sustenta com precisão o acerto legislativo no sentido de fazer preponderar a natureza e a quantidade da substância apreendida na primeira fase

da dosimetria penalógica. Confiram-se:

> *É natural supor que quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a conseqüência em virtude da sua utilização. Esses fatos, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado* (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 378).

Nessa alheta, a consideração acerca da quantidade da droga levada a efeito na dosimetria da pena revela uma maior preocupação com o princípio da individualização da pena, do devido processo legal substancial, da proporcionalidade e da suficiência, inexistindo reparo a ser feito no acórdão questionado.

Sobre o tema, a pacífica jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA EMPRESTADA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. TRAFICANTE NÃO EVENTUAL. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. CONFIGURAÇÃO. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SÚMULA N. 284 DO STF. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> [...] *2.* ***Deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao agravante, porque as instâncias ordinárias atuaram em plena consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, havendo considerado, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do agravante, qual seja, 2.340,575 kg (duas toneladas, trezentos e quarenta quilos e quinhentos e setenta e cinco gramas) de maconha****.*
>
> *3. Não se mostra razoável admitir que alguém preso com elevada quantidade de drogas (mais de duas toneladas de maconha) ostente a condição de traficante eventual, merecedor, portanto, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.* [...]
>
> *6. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 461.523/MS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015, grifei)
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.*

> *ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS DE NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA AS EXASPERAÇÕES. QUANTUM PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> [...] *2. A dosimetria da pena 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.*
>
> *3. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.*
>
> *4.* ***A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*** [...]
>
> (HC 387.257/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017, grifei)

Noutro eito, quanto ao regime prisional mais gravoso estabelecido para o paciente MARLON BARNI OVANDO RODRIGUES, este foi o entendimento firmado no julgamento do recurso defensivo (e-STJ fl. 332):

> *Na fixação do regime inicial referente aos crimes abrangidos pela lei 11.343/06, deve-se analisar não apenas a quantidade da pena, como, também, as circunstancias previstas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e o quantum de entorpecente apreendido, sendo certo que estas últimas condições prevalecem sobre aquelas, nos termos preconizados no artigo 42 da lei de Drogas.*
>
> *No caso em comento, restou fixada a condenação em 7 anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, ou seja, patamar que atrairia a possibilidade de abrandamento do regime prisional.*
>
> *Entretanto, atento às diretrizes do art. 33, §§3º e 2º, letra "b", do Código Penal e à luz da Lei 8.072/90, incabível a fixação de regime que não o fechado para o início do cumprimento da pena, ressaltando-se a existência de circunstância judicial preponderante negativa, qual seja, a expressiva quantidade de maconha (580kg).*

Pontuo que tal entendimento não afronta a firme compreensão desta Corte Superior de Justiça de que a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar o indeferimento da substituição das penas e o recrudescimento do regime prisional. Seguem alguns precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.* [...]
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 340.902/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)
>
> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NÃO CABIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ESTABELECIDA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO.*
>
> *1. Não há constrangimento ilegal na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento na gravidade concreta do delito, indicada pela Corte local em razão da quantidade considerável de droga apreendida (298,2 gramas de maconha).* [...]
>
> *3. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena.*
>
> (HC 374.975/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016)

Tal o contexto, **denego a ordem de *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator