HABEAS CORPUS Nº 489.167 - MS (2019/0009274-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	NELCI DELBON DE OLIVEIRA PAULO E OUTRO
ADVOGADOS	:	NELCI DELBON DE OLIVEIRA PAULO - MS011894 NATAN DE OLIVEIRA PAULO - MS020206
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	DJALMA RIBEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DJALMA RIBEIRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções dos arts. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 14-24).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento aos apelos defensivos e deu provimento parcial ao recurso ministerial, a fim de elevar a pena-base e de afastar a causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, ficando condenados os réus pelo *caput* do art. 33 da Lei de Tóxicos e redimensionando a reprimenda para 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 80-96).

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que, diante do ausência de elementos que demonstrem a dedicação e a habitualidade na prática delitiva, deveria ser aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista sua primariedade e seus bons antecedentes.

Ressalta que, após o redimensionamento da pena, deve ser afastada a hediondez do delito, mencionando o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 118.533, conforme sentenciado pelo Juízo de primeira instância.

Defende que, caso seja aplicado o redutor especial, seria possível a fixação do regime prisional aberto para início do cumprimento da pena pelo acusado, bem como substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, ao final, o reconhecimento da benesse do tráfico privilegiado, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e ainda solicita o afastamento da hediondez do delito.

A liminar foi indeferida (e-STJ fl. 126).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 131-139).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 141-144).

É o relatório.

Decido.

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 artigo 105 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.

Quanto à incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, este Sodalício firmou entendimento no sentido de que "*a criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização*" (REsp 1329088/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013).

Sobre a aplicação da benesse legal, a Corte *a quo* assim se manifestou (e-STJ fl. 93; sem grifos no original.):

> [...]
> *Na hipótese, a despeito de ser o réu primário e portador de bons antecedentes, não é possível dizer que não se dedicava a atividades criminosas ou que não integrava organização criminosa.*
> *O mesmo fundamento deve ser utilizado para MAURI, condenado neste pronunciamento, o qual igualmente não faz jus ao benefício.*
> ***As circunstâncias em que se deram a prática delituosa indicam, com segurança, que os réus, se não integravam propriamente a organização criminosa, com ela cooperavam de modo fundamental para o êxito das práticas ilícitas, e gozavam de grande confiança de seus membros, já que lhes foi confiado um enorme carregamento de maconha para transporte/depósito, de alto valor no mercado do crime.***
> *Toda a estrutura montada para a aquisição, transporte e armazenamento da droga, que teve origem em região de fronteira deste Estado com o Paraguai, apresentando-se como muito provável o tráfico internacional, além disso* ***o sítio de DJALMA era utilizado como entreposto para distribuição do entorpecente****, que tinha como destino outra unidade da Federação, o próprio concurso, ainda que eventual, de agentes, pois neste processo duas pessoas estão sendo condenadas, mas foi precariamente identificado um terceiro (Jhon, "Gordinho"), sem contar da fundada suspeita de outras pessoas envolvidas. Além disso,* ***a exorbitante quantia de droga apreendida, mesmo para os padrões de Mato Grosso do Sul, três toneladas****, são claros indicativos de que realmente integravam a organização criminosa, o que se apresenta como óbice à concessão do benefício.*
> *Apenas a título de argumentação/fundamentação, devo esclarecer que a quantidade de droga aqui considerada representa apenas mais um elemento, aliado aos demais*

> *expressamente destacados acima, para afastar a benesse do tráfico privilegiado, não configurando, portanto, bis in idem a consideração desfavorável a ser realizada oportunamente para fixação das penas-bases.*
> [...]

Do trecho acima colacionado, verifica-se que o Tribunal local concluiu que o paciente teria participação efetiva em organização criminosa estruturada para a prática do tráfico de entorpecentes, tendo como centro de distribuição o sítio de sua propriedade, e tendo em vista a quantidade de entorpecentes apreendidos, a saber, **3.030kg (três mil e trinta quilos) de maconha** (e-STJ fls. 90-91)

O entendimento acima externado alinha-se à jurisprudência desta Corte Superior, que se posiciona no sentido de que a quantidade elevada de entorpecentes constitui elemento idôneo para aferir a traficância habitual e, consequentemente, afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Nesse mesmo sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.*
> [...]
> *II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.*
> *11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.*
> *III - **Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade de drogas aprendidas (2,206 kg de cocaína), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demostram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever esse entendimento demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.***
> *Precedentes.*
> *IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada*

pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.
V - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.
Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC 481.005/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe de 01/04/2019, sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA (140kg DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.
AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.
2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.
No caso dos autos, mostra-se razoável o aumento da pena inicial justificado na quantidade da droga apreendida (140kg de maconha), considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas (5 a 15 anos de reclusão).
3. A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016).

> *4. **Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelo "transporte de 140 kg de maconha, de forma estruturada, com a participação de pelo menos quatro pessoas, incluindo a que entregou a droga, bem como a entrega do veículo com placa de Presidente Prudente/SP devidamente preparado para o transporte da droga" (fl. 737), está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.***
> *Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.*
> *5. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.*
> *6. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.*
> *No caso dos autos, o regime inicial de cumprimento de pena não merece reparo. Dessarte, embora a reprimenda definitiva tenha permanecido em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a manutenção do regime inicial fechado se impõe pela fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida (140 quilos de maconha), em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n.*
> *11.343/06.*
> *7. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no HC 466.959/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe de 01/04/2019; sem grifos no original.)

Outrossim, embora a quantidade de entorpecentes apreendidos já tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria penal, para exasperar a reprimenda de piso, nada impede que tal circunstância seja novamente considerada na terceira etapa, para aferir a traficância habitual e, consequentemente, obstar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Isso porque, "[*d*]*e acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, não há* bis in idem *quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida*." (AgRg no REsp 1.580.686/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA

TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe de 01/02/2017), como ocorrido *in casu*.

No mesmo sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE (ART. 42, LAD) E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA PARA O AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO. FUNDAMENTOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 617, DO CPP. INOCORRÊNCIA. PLEITOS DA ACUSAÇÃO DEVIDAMENTE FORMULADOS NO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[…]*
>
> *V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.*
>
> *VI - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem.*
>
> *VII - **A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. VIII - Na hipótese, a majoração da pena-base está fundada na quantidade de drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.***
>
> *IX - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.*
>
> *X - No ponto, a acusação requereu o conhecimento e provimento do apelo à fl. e-STJ 89, para reformar a sentença quanto a dosimetria da pena da acusada, a fim de afastar a redutora do tráfico de drogas, com consequente aumento da pena e demais reflexos, ou seja, quanto a modificação no regime pelo novo quantum de pena privativa de*

liberdade, inexistindo violação ao art. 617, do Código de Processo Penal.
XI - A quantidade entorpecentes foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.
Habeas corpus não conhecido.
(HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe de 19/03/2019; sem grifos no original.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
2. Esta Corte tem posicionamento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.
3. ***Hipótese em que a Corte de origem sopesou validamente a quantidade e a natureza da droga apreendida (1,05 kg de cocaína) na primeira etapa da dosimetria penal, para exasperar a pena-base em 6 meses de reclusão, e na terceira fase, para justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que tais vetores indicam a habitualidade delitiva da agravante.***
4. Ademais, concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade do entorpecente apreendido, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a agravante se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.
Precedentes.
5. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC 472.650/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe de 26/02/2019; sem grifos no original.)

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o colegiado manteve o fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 93):

> *"As circunstâncias igualmente lhes desfavorecem, pois a droga estava escondida em compartimento de difícil localização – na carroceria de um caminhão, embaixo de um carregamento de grama que estava por cima ocultando o entorpecente – além disso, o caminhão estava estacionado em zona rural, mais especificamente em uma faixa de reserva florestal, tudo para impossibilitar a fiscalização policial e garantir o sucesso da empreitada criminosa. (fls. 29 e 31). Aumento de 1 ano.*
> [...]
> *O regime prisional deve ser o fechado, observados os parâmetros do art. 33 do Código Penal, sendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ex vi do art. 44 da mesma Lei."*

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado se mantém dada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, na primeira fase da dosimetria da pena, e, principalmente, em razão do *quantum* da pena imputada ao paciente.

Assim, não se verifica a ilegalidade arguida, pois, consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi fixada a reprimenda em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, mostrando-se adequado o estabelecimento do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *a*, e § 3º, do Código Penal.

Por outro lado, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

Finalmente, o pleito de afastamento da hediondez do delito encontra-se prejudicado, porquanto não foi considerado na fixação da pena e nem do regime prisional do paciente.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, não se conhece do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se .

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator