HABEAS CORPUS Nº 488.721 - MS (2019/0006341-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL VERA REGINA PRADO MARTINS - MS003925
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	CARLOS ALEXANDRE COSTA MEIRELES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (87 KG DE MACONHA). REDUTOR ESPECIAL DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). INAPLICABILIDADE. INTEGRANTE DE ESTRUTURA ORGANIZADA VOLTADA AO TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO CONCRETO. REVOLVIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 440/STJ. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ÓBICE OBJETIVO.
Ordem denegada.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Carlos Alexandre Costa Meireles**, contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à apelação interposta pelo paciente (fls. 248/257 – Apelação Criminal n. 0001894-17.2018.8.12.0019), mantendo a sentença, em que o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã/MS o condenou a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (fls. 158/159), pela prática do crime de tráfico de drogas (87 kg de maconha – fl. 158).

Na presente impetração, alega-se constrangimento ilegal consistente em:

a) dosimetria de pena, na terceira fase, em razão da negativa de aplicação da causa especial de diminuição da pena do tráfico privilegiado, sustentando-se que *não há provas nos autos de que o Paciente se dedicava à atividade criminosa ou que integrava*

organização criminosa, muito pelo contrário, há evidências inequívocas de que atuou como "mulas do tráfico". Além disso, trata-se de réu primário e portador de bons antecedentes, fazendo jus, assim, à aplicação da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei n° 11.343/2006 (fl. 62);

b) regime inicial fechado, aduzindo-se a aplicação do regime aberto;

c) negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aduzindo-se a necessidade da substituição, *tendo em vista que após o reconhecimento do tráfico privilegiado e, consequente redimensionamento da pena, esta restará fixada em quantum inferior a 04 (quatro) anos* (fl. 66); e

d) afastamento da hediondez do delito, uma vez reconhecido o tráfico privilegiado.

Postula-se, então, o redimensionamento da pena, com aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, consequentemente, o afastamento da hediondez, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Foram solicitadas informações (fl. 230), as quais foram prestadas pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (fl. 233).

Sem pedido liminar, o Ministério Público Federal opinou pelo não cabimento do *writ* (fls. 245/246).

É o relatório.

A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, o que, na espécie, não ocorre ante a necessidade de revolvimento fático-probatório, essencialmente.

Inicialmente, quanto à dosimetria da pena – aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 –, registre-se que o Magistrado singular, na sentença, afastou a presente pretensão ao fundamento de que o réu *participou ainda que momentaneamente de* ***estrutura organizada voltada ao tráfico internacional de***

***drogas**. Além disso, **trata-se de 87 quilos de maconha, quantidade elevada,** ainda que para os padrões dessa fronteira* (fl. 158 - grifo nosso).

Em seguida, o Tribunal *a quo* afastou a aplicação do redutor especial da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) com base na conclusão de que o paciente se dedica ao tráfico, para tanto sopesou **não só a quantidade de droga**, mas também as circunstâncias fáticas da causa que, em sua concepção, *conquanto primário, **inequívoco que o apelante é integrante de grupo marginal.** Isso porque, segundo a denúncia, **foram apreendidos 87,6 kg oitenta e sete quilos e seiscentos gramas)** acondicionados em dez malas,* razão pela qual ***não se está, a toda evidência, diante de mísero e eventual traficante, mas de pessoa que, de forma iniludível, integra grupo criminoso, com alto poder aquisitivo, vez que o valor de tamanha droga é vultoso,** e, ainda, que se dedica à disseminação do vício nefasto em larga escala no meio social* (fl. 255).

Deste modo, não há ilegalidade no acórdão; ao contrário, a jurisprudência desta Corte tem admitido que tais aspectos sejam sopesados na análise dos requisitos previstos no dispositivo em comento.

Nesse sentido, confiram-se:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ FORMULADO NO *HABEAS CORPUS* DE N.º 472.363/SP. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.
>
> 1. A alegação de ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime inicial fechado é mera reiteração de pedido já formulado no Habeas Corpus de n.º 472.363/SP, de minha Relatoria, que foi julgado em 13/12/2018, tendo a ordem sido denegada.
>
> 2. **O "Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a elevada quantidade de drogas, aliada às circunstâncias da sua apreensão, tem o condão de caracterizar que o agente se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus à benesse da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06**" (AgRg no REsp 1.584.298/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe de 23/05/2018).
>
> 3. Sem embargo, cumpre observar que, **de um lado, se a grande quantidade de droga pode denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou o envolvimento com o crime organizado, por outro lado, mesmo havendo quantidades menores ou não expressivas, outras circunstâncias do tráfico**

podem indicar o mesmo envolvimento.

4. **Ainda que a quantidade e a diversidade de drogas não sejam utilizadas para exasperar a pena-base, "a jurisprudência desta Corte Superior é firme em considerá-las fundamento idôneo para embasar a fixação de regime mais gravoso de cumprimento de pena**" (AgRg no HC 444.774/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018).

5. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC n. 478.680/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 3/4/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. 25 KG DE MACONHA (23 TABLETES), OCULTOS NA BAGAGEM. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPOSTA ILEGALIDADE DECORRENTE DA VEDAÇÃO DO REDUTOR ESPECIAL DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. REDUTOR VEDADO NÃO APENAS COM BASE NA CONDIÇÃO DE MULA, MAS TAMBÉM EM OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS (QUANTIDADE, LOGÍSTICA E *MODUS OPERANDI*) QUE SUBSIDIARAM A CONVICÇÃO DO JULGADOR NO SENTIDO DE QUE A RÉ INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REEXAME. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A simples atuação como mula do tráfico não induz a presunção de que o agente integre organização criminosa. Precedentes do Superior Tribunal Justiça.

2. No caso, **a vedação do redutor não decorreu exclusivamente da condição de mula, mas também de outros elementos (quantidade, logística e *modus operandi*) que subsidiaram a convicção do julgador no sentido de que a ré integra organização criminosa; fundamentação idônea à luz da jurisprudência, pois é lícito ao julgador formar convicção acerca do preenchimento dos requisitos do redutor especial com base em tais elementos.**

3. Inviável **rever as conclusão da instância ordinária, estabelecida mediante análise das provas, ante o óbice da Súmula 7/STJ**.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.211.329/MS, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 12/3/2018)

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. - A jurisprudência desta Corte **firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes**.

[...]

(HC n. 402.921/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/9/2017)

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS/PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que **as circunstâncias do caso concreto, em especial o *modus operandi* empregado no cometimento do delito, levaram à conclusão de que a recorrente integra organização criminosa**.

[...]

(AgRg no AREsp n. 1.040.809/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 30/5/2018)

Ademais, como bem anotado pela Subprocuradora-Geral da República Aurea Lustosa Pierre (fl. 245),

Para diversa conclusão, necessário o revolvimento de matéria fático- provatória, inviável em sede de HC (orientação do STJ no HC nº 376.359/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016).

Quanto ao regime inicial de pena, também não vislumbro ilegalidade, uma vez que a Corte estadual decidiu consoante a orientação jurisprudencial desta Casa. Confira-se (fl. 257):

Regime prisional.

A fixação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos de tráfico de drogas deve observar os critérios do art. 33, § § 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei n.° 11.343/06.

Na hipótese, apesar da primariedade e a pena tenha sido fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, mantém-se o regime inicial fechado, tendo em vista a quantidade elevada de substância entorpecente (87,6 kg de maconha), nos termos do art. 33, § § 2º e 3º do Código Penal e art. 42 da Lei n.° 11.343/06, pois necessário para a repreensão e reprovação da conduta. [...]

Com efeito, o regime mais gravoso foi mantido com base na gravidade concreta do crime, extraída das circunstâncias do delito (quantidade de drogas) – (fl. 256), tal fundamento encontra amparo nestes precedentes, por exemplo:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
>
> 1. **É idônea a fundamentação do Tribunal de origem acerca da necessidade do regime inicial fechado**, devido à quantidade da droga envolvida, *in casu*, mais de **400g de maconha**, bem como à variedade, sendo apreendidos ecstasy e LSD, circunstâncias judiciais que inclusive ensejaram o aumento da pena-base, a teor do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.
>
> [...]
>
> 3. Ordem denegada.
>
> (HC n. 438.663/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16/5/2018)

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SÚMULAS Nº 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.
>
> 1. Inexiste violação das Súmulas n.os 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito.
>
> 2. No caso, **considerou-se, para a fixação do regime inicial fechado, as circunstâncias da apreensão, que revelaram a considerável quantidade, bem como a diversidade das drogas encontradas na posse do Paciente - 10 porções de maconha (pesando 15,3 gramas), 53 porções de cocaína (pesando 21,6 gramas) e 108 porções de crack (pesando 45,5 gramas) -, circunstâncias que demonstram maior reprovabilidade da conduta delituosa.**
>
> 3. Ordem de habeas corpus denegada.
>
> (HC n. 455.284/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 18/12/2018)

Por fim, também não há falar em ilegalidade na vedação da pena substitutiva, pois, diante da pena fixada (superior a 4 anos), é inviável a substituição (art. 44 do CP).

Ante o exposto, **denego** a ordem (art. 34, XVIII, *b*, do RISTJ).

Publique-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator