



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.260 - MS (2017/0131588-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : WALIFER JOAO FERREIRA BORGES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. *QUANTUM* DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O aumento da pena-base em 2 anos não se mostra, no caso, desproporcional, tendo em vista a elevada gravidade da conduta, evidenciada pela quantidade e natureza da droga apreendida (12kg de maconha). Inteligência do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

3. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu à atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 03 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.260 - MS (2017/0131588-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : WALIFER JOAO FERREIRA BORGES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WALIFER JOAO FERREIRA BORGES, condenado a 6 anos de reclusão, inicialmente no regime semiaberto, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

A impetrante impugna o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que ao julgar a Apelação Criminal n. 0000993-65.2016.8.12.0004 deu parcial provimento ao recurso da defesa, para afastar a valoração negativa das circunstâncias do crime, e parcial provimento ao inconformismo do Ministério Público, para valorar negativamente as circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei de Drogas. O acórdão ficou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE - PARCIALMENTE ACOLHIDO - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL PERTINENTE A NÃO DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA - REJEITADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Na primeira fase da dosimetria da pena, para a fixação da pena-base, deve haver análise das circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal. In casu, somente a valoração das circunstâncias judiciais relativa à "culpabilidade" encontra-se devidamente fundamentada, em consonância ao preceito contido no art. 93, IX, da CF.

II - Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (11.343/2006), torna-se inviável a redução de pena com base a alegação de tráfico privilegiado. No caso, há indícios concretos de que a apelante é dedicada à atividades de caráter criminoso.

APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE PELA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA - ACOLHIDO PARCIALMENTE - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO INCISO III, DO ART. 40, DA LEI DE DROGAS - ACOLHIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Cabível a valoração negativa das circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei de Drogas.

II - É razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam freqüentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nesses lugares elencados pela lei, coibindo também aquele que se vale da natural dificuldade da fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a substância entorpecente (fls. 307/308).

Opostos embargos infringentes, foram eles acolhidos para afastar a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, nos termos julgamento assim resumido:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - TRANSPORTE PÚBLICO - ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06 - NECESSIDADE DE DIFUSÃO DA DROGA NO INTERIOR DO COLETIVO - AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO - EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - A configuração da causa de aumento prevista pelo inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/06 exige que o agente promova a disseminação do entorpecente no interior do coletivo. Afasta-se tal causa de aumento quando o coletivo é utilizado apenas para o transporte da droga.

II - Embargos infringentes acolhidos. Contra o parecer (fl. 384).

Afirma que o decreto condenatório impõe constrangimento ilegal ao réu, em face do aumento desproporcional e desarrazoado da pena-base, com fundamento apenas na quantidade e natureza da droga apreendida. Ressalta, ainda, que as instâncias ordinárias afastaram a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu patamar máximo, não obstante o preenchimento dos requisitos legais para tanto.

Requer, assim, a revisão da dosimetria da pena e, por consequência, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição de regime prisional menos gravoso, além da substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos para o primeiro paciente.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido e, subsidiariamente, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À PRÁTICA DELITIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. INVIABILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE REFORMA DA DOSIMETRIA NA VIA DO HABEAS CORPUS APENAS EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PRECEDENTE DO STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM (fl. 467).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.260 - MS (2017/0131588-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a primeira controvérsia refere-se à majoração da pena-base. No que interessa, o acórdão recorrido reformou o decreto condenatório nestes termos:

[...]

O pedido defensivo comporta parcial acolhimento.

Sobre a culpabilidade, deve assentado que para ser considerada negativa, a conduta do agente deve mostrar-se exacerbada ou censurável. Segundo Ricardo Augusto Schmitt, "A circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis no caso em julgamento."

O referido jurista afirma, na seqüência, que na culpabilidade podem ser valoradas a "frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo)". (ob.cit. p. 114).

Quanto à culpabilidade, o julgador ponderou como alto grau de culpabilidade do apelante, pois praticou o crime "em região de fronteira (controlada pelo crime organizado e integrante da rota do tráfico), para grandes cidades do país".

Foi embutido nesse juízo de valoração, o inequívoco conhecimento do Magistrado acerca da dura realidade da região de fronteira, onde o narcotráfico tem crescido exponencialmente. Evidencia-se que a necessidade de manutenção do aumento da reprimenda na forma estabelecida, principalmente no que diz respeito à fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Logo, é possível observar, claramente, que os fundamentos assentados pelo juiz da primeira instância para tonar negativa a culpabilidade, correspondem aos elementos que devem ser efetivamente examinados no campo de análise dessa moduladora, pois houve destaque fundamentado acerca do grau de reprovabilidade da conduta do apelante, a qual realmente se mostrou, pelas circunstâncias constantes dos autos, de elevadíssima censurabilidade.

Acerca da segunda circunstância valorada em desfavor do apelante, é importante assentar que as "circunstâncias do crime" relacionam-se com os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal. Trata-se, pois, do "modus operandi"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empregado na realização do delito penal, ou seja, do modo de agir utilizado pelo agente na consecução da sua intenção delituosa.

Em relação ao fundamento desabonador apresentado pelo Magistrado, não houve a comprovação da maior reprovabilidade acerca da prática do crime, não sendo possível a manutenção desabonadora das "circunstâncias do crime."

Prosseguindo, a defesa do apelante postula a reforma da sentença para o fim de seja reconhecida a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06.

Consoante se extrai do § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas, para fazer jus à causa de diminuição do tráfico privilegiado, devem estar comprovados, de forma cumulativa, os seguintes requisitos: agente primário + de bons antecedentes + não se dedique às atividades criminosas + não integre organização criminosa.

In casu, após a análise do contexto fático em que ocorrera o crime, pelo modus operandi aplicado na prática delituosa, verifica-se que o apelante não atende a todos os requisitos legais. Pois, pelas circunstâncias concretas, pode-se verificar que não está presente um dos requisitos necessários à concessão desse benefício, equivalente a não dedicação a atividades de caráter criminoso. Isto porque, nada obstante a primariedade do apelante, as circunstâncias que envolveram a sua prisão em flagrante, somadas à quantidade considerável do entorpecente apreendido - 12 kg (doze quilos) de "maconha" - em transporte coletivo da empresa Umuarama, com itinerário de Mundo Novo/MS a Campo Grande/MS, demonstrado claramente que se dedicava a atividade criminosa.

Com efeito, sobre a consideração da quantidade do entorpecente para demonstrar a dedicação às atividades criminosas, observa-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou que "além de outros elementos, que, por ter sido apreendida elevada quantidade de droga com o paciente, é lícito concluir, por raciocínio dedutivo, que o mesmo se dedica a atividades criminosas" e destacou que "a criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva". (destaquei)

Sendo assim, no presente caso, não estão presentes os elementos necessários para a aplicação do § 4º, artigo 33, da Lei de Drogas, pois, para ser admitida a sua aplicação, falta uma dos requisitos necessários, visto que resta reconhecidamente que o apelante se dedicava a referida atividade criminosa, não havendo portanto, aplicar a referida benesse, devendo manter íntegra a dosimetria fixada em primeiro grau, neste particular.

Do recurso do Ministério Público.

Inicialmente, o Ministério Público Estadual postula a exasperação da reprimenda pela valoração negativa das circunstâncias especiais "natureza e a quantidade de droga" e da circunstância inerente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

às "consequências do crime".

O pedido acusatório deve ser parcialmente provido.

Em relação às circunstâncias judiciais específicas do art. 42 da Lei de drogas: "natureza da droga e à quantidade de droga", depreende-se dos autos que na ocasião da prisão do apelado foram encontrados 12 kg (doze) de maconha, circunstância que não deve passar despercebida do olhos do julgador.

No que diz respeito à natureza da droga, reputo adequado o acolhimento da pretensão do Ministério Público Estadual. No caso dos autos, é possível verificar que foi apreendida determinada quantidade de "maconha".

Como bem se sabe, toda e qualquer tipo de substância entorpecente que é disseminada sem autorização ou em desacordo com a determinação legal causa prejuízo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. A potencialidade lesiva dessas substâncias entorpecentes deve ser considerada sob um mesmo aspecto, pois todas elas são capazes de causar dependência química, e com isso, causar dano evidente à saúde pública.

Nesse contexto, é preciso que se tenha em mente que toda e qualquer espécie de substância entorpecente imputa danos de proporções similares ao bem jurídico tutelado pelo legislador (saúde pública), não havendo qualquer estudo científico específico capaz de desmistificar ou mesmo fragilizar essa idéia. A diferença crucial entre as espécies de drogas está assentada nos respectivos efeitos que decorrem da sua utilização pelo ser humano, ou seja, na capacidade e no grau de entorpecência de cada uma das substâncias, manifestados na oportunidade em que são utilizadas por um indivíduo.

Portanto, sob o ponto de vista da lesão ao bem jurídico, o que, aliás, interessa no campo da dosimetria penal, pode-se concluir que todas as espécies de drogas possuem a mesma capacidade deletéria, ou seja, a mesma potencialidade lesiva. Por isso, deve ser levada em consideração a natureza da droga apreendida, seja de que espécie for, de modo a influir na exasperação da pena-base no âmbito da etapa inicial da dosimetria.

Nesse contexto, pode-se concluir que a análise do magistrado sentenciante foi adequada, de modo que tal circunstância judicial deve, sim, ser considerada prejudicial à apelante, devendo, por isso, interferir na fixação das pena- base, não havendo se falar em bis in idem.

No que se refere à quantidade da droga, são dispensáveis, nesse ponto, maiores ponderações. Isso porque, na situação concreta, foram apreendidos mais de 12 kg (doze) de maconha, quantidade esta que, indiscutivelmente, é de elevada proporção, e, portanto, deve ser levada em consideração na fixação da pena-base.

Em relação às consequências do crime, deve ser esclarecido que tal moduladora diz respeito à repercussão da conduta ilícita à vítima ou mesmo à sociedade. Segundo nos ensina o professor Ricardo Schimitt, "no exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos seus familiares ou à sociedade".

Na situação dos autos, não há fundamento concreto capaz de dar embasamento a pretensão ministerial. Não reconheço notória gravidade na conduta praticada, que possa subsidiar o reconhecimento da prejudicialidade de tal circunstância judicial.

Logo, a circunstância judicial em questão não deve ser valorada.

[...]

Da nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, em face do acolhimento parcialmente do pleito defensivo, para afastar a valoração negativa da circunstância judicial "circunstância do crime"; bem como do parcial provimento ao pedido acusatório para valorar negativamente as circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei de Drogas (natureza e quantidade de droga), fixo a pena-base do réu em 7 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, patamar que considero proporcional em relação à lesividade da conduta praticada.

Na segunda fase, resta mantida a atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal. Reduzo a pena intermediária para 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa.

Na terceira fase, diante do acolhimento da pretensão acusatória, que resultou reconhecimento da incidência da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, fixo a pena definitiva de Walifer João Ferreira Borges em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 vigente à data do fato (fls. 312/317).

Ao examinar os embargos infringentes e de nulidade, o Tribunal de origem afastou a causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, fixando a reprimenda, em definitivo, no patamar de 6 anos de reclusão, e impondo o regime prisional semiaberto para o réu iniciar o resgate da reprimenda.

O ordenamento jurídico não estabelece um critério matemático para a majoração da pena-base, nos delitos de tráfico de drogas e assemelhados, em relação à quantidade ou à qualidade do entorpecente apreendido, tampouco as circunstâncias judiciais denotam qualquer baliza objetiva nesse sentido. Apenas previu o legislador que *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* – art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Nessa ordem de ideias, não vislumbro o apontado constrangimento ilegal, tampouco desproporcionalidade no aumento da pena, em 2 anos para o tráfico de drogas, uma vez que a instância ordinária demonstrou as razões do seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convencimento, exasperando a reprimenda com fundamento nas graves consequências e na reprovabilidade da conduta do paciente, com o qual foi apreendido 12kg de maconha, substância capaz de provocar efeitos devastadores na personalidade humana e ainda contribuir para a prática de vários outros delitos no contexto social em que for comercializada. A majoração da pena-base insere-se no juízo de discricionariedade do Magistrado processante, se considerados os parâmetros mínimos e máximos estabelecidos para aquela infração, 5 a 15 de reclusão.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (4.272 KG DE COCAÍNA). PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base em 2 anos de reclusão, em razão da quantidade de drogas apreendidas (4.272 kg de cocaína), pois é fator preponderante a ser considerado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2003.

[...]

7. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 747.880/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 25/11/2015).

PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 523 DO STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.

[...]

5. A quantidade de droga justifica a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

6. O aumento da pena em 3 anos para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de varia de 5 a 15 anos, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável valoração judicial casuística.

7. A Terceira Seção do STJ, no julgamento, em 23/05/2012, do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, pacificou o entendimento de que a confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência, na segunda fase da aplicação da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

8. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente a 8 anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa (HC 196.708/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/11/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. VETORES UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.

1. Consoante firme entendimento desta Corte, a quantidade e a qualidade do entorpecente devem preponderar no momento de fixação da pena-base. *Precedentes.*

2. Assim, considerando-se a apreensão, na espécie, de 4.985g de cocaína, bem como que a ponderação das circunstâncias judiciais não configura mera operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma, mostra-se justificado o aumento em 2 anos da pena-base.

[...]

2. Agravo regimental a que se dá provimento em parte a fim de reconhecer a aplicação da atenuante da confissão espontânea (AgRg no REsp 1317708/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/10/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, I, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDO AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração especialmente a natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder da paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (2.900 gramas, peso líquido, de cocaína).

[...]

5. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

10. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que a paciente restou definitivamente condenada à reprimenda superior ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, bem como da ausência de cumprimento do elemento subjetivo, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder, circunstâncias que, somadas às peculiaridades do caso concreto, evidenciam que a substituição da sanção reclusiva não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

[...]

12. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base da paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão e pagamento de 415 dias-multa. (HC 185.202/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 12.9.2012).

No mesmo sentido, trago à colação este julgado, do Supremo Tribunal

Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE RELATIVA. QUANTUM DE ATENUAÇÃO DA PENA. PATAMAR DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. 1. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. 2. Idônea a exasperação da pena-base com fundamento na natureza das substâncias traficadas, consoante preconiza o art. 42 da Lei 11.343/2006 c/c art. 59 do Código Penal. [...] 7. Recurso a que se nega provimento (RHC 129951, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, DJe-202 PUBLIC 08-10-2015)

Ademais, em *habeas corpus*, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena fixada ser efetivada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia no seu cálculo, o que não é a hipótese dos autos.

Noutro enfoque, vê-se que o julgamento colegiado afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de 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. *Habeas corpus* não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0131588-5

HC 402.260 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009121920168120004 00009936520168120004 9121920168120004 9936520168120004

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

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	: WALIFER JOAO FERREIRA BORGES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.