



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 517.096 - MS (2019/0180440-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ANTONIO JOAO DE ANDRADE - MS004835B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUCAS AGUERO BARBOSA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). 194KG DE COCAÍNA. CULPABILIDADE. ORGANIZAÇÃO. PLANEJAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL – CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – CP. *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, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A pena-base foi devidamente fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida (194kg de cocaína), em observância ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, que assim dispõe: "*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 desvalor sobre a culpabilidade também mostra-se devido, levando-se em consideração, sobretudo, a forma de organização e planejamento da atividade criminosa. Precedentes.

3. A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada por entender o magistrado que o ora paciente se dedicava a atividades criminosas, tendo em vista as circunstâncias do delito e a expressiva quantidade de entorpecentes. Sendo assim, é necessário o reexame minucioso de todo o conjunto fático-probatório para se afastar essa conclusão, inviável em *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias (superior a 8 anos), os pleitos de abrandamento do regime e de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito restam prejudicados, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 2º, e no art. 44, ambos do Código Penal.

5. *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.

Brasília, 13 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 517.096 - MS (2019/0180440-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ANTONIO JOAO DE ANDRADE - MS004835B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUCAS AGUERO BARBOSA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 LUCAS AGUERO BARBOSA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0002782-51.2016.8.12.0020).

O paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena total de 8 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos de tráfico interestadual de drogas (art. 33, caput, c/c art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06), em concurso formal com o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/03).

Ambas as partes apelaram, o Tribunal deu provimento apenas ao recurso da acusação para aumentar a pena do paciente para 9 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão.

No presente *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que a pena-base foi aumentada sem fundamentação idônea, no que se refere à negativação da circunstância judicial da culpabilidade; e que o paciente preenche todos os requisitos exigidos para a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Requer, assim, a redução da pena-base e a aplicação da referida causa especial de diminuição de pena, com o consequente abrandamento do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido de liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela "*manutenção da decisão impugnada*" (fl. 629).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 517.096 - MS (2019/0180440-0)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

A primeira controvérsia refere-se à pena-base.

É consabido que, na primeira fase da dosimetria da pena, o julgador, fazendo uso de sua discrecionabilidade juridicamente vinculada, deve considerar as particularidades do caso concreto, à luz do art. 59 do Código Penal – CP e do princípio da proporcionalidade. A esta Corte, cabe apenas o controle da legalidade dos critérios adotados, bem como à correção de frações discrepantes.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRIME POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA VALORAR NEGATIVAMENTE OS ANTECEDENTES DO AGENTE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AFASTADAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

[...]

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 ano de reclusão, além de 10 dias-multa, bem como estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da reprimenda, mantida, no mais, a sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 428.562/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 5/6/2018, DJe 12/6/2018)

No caso dos autos, a pena-base foi fixada em 8 anos de reclusão, considerando-se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas **(194kg de cocaína)**, além da valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade, conforme se extrai dos seguintes trechos:

[...]

Em relação à dosimetria da pena-base, assiste razão ao Ministério Público Estadual no tocante à maior culpabilidade de LUCAS no caso concreto.

Verifica-se que ele envolveu NATÁLIA no delito e, ainda, guardava maconha em sua residência para alegado consumo próprio, sendo, ainda conforme relatório de f.71, ratificado pelo Policial Civil Alihe Lago Bastos em juízo (f.261), que faria a terceira viagem para o transporte da droga.

Por outro lado, as circunstâncias do delito são normais à espécie e o fato da droga estar acondicionada em compartimento falso faz parte do modus operandi que corrobora o afastamento do tráfico privilegiado, como veremos a seguir.

O único vetor negativado pelo julgador singular como negativo foi o do artigo 42, da Lei 11.343/2006 - "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".

Mais uma vez assiste razão ao Ministério Público Estadual.

Isto porque foram apreendidos 194 quilos de cocaína, ou seja, grande quantidade de droga altamente lesiva e de enorme lucratividade, tanto que LUCAS, em juízo, afirmou que receberia vinte mil reais pelo seu transporte.

Atente-se que a grande quantidade da droga influi na fixação da pena, sob o risco de igualar o pequeno ao grande traficante 3".

Outrossim, o tráfico de drogas tem pena prevista de 5 a 15 anos e, desta forma, 10 vetores a serem analisados na pena-base (8 vetores do artigo 59, do CP e 2 vetores do artigo 42, da Lei de Drogas), sendo, portanto, cabível a exasperação de 1 ano para cada vetorial apontado como negativo.

Assim, considerando três vetores negativos na pena-base, fica esta fixada em 8 anos de reclusão e 800 dias-multa. (fl. 601)

O acórdão impugnado está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga devem ser consideradas na fixação da reprimenda, outrossim, o desvalor sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade também mostra-se devido, levando-se em consideração, sobretudo, a forma de organização e planejamento da atividade criminosa.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. MODULAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DAS DROGAS. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. 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, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. (HC 443.525/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe 1/8/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.

Constitui fundamentação idônea para a exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria, no vetor culpabilidade, o fato de que o crime foi cometido no contexto de uma atividade longa e preparada, contemplando inclusive viagem agendada para o transporte da substância ilícita entorpecente.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1250585/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2018, DJe 9/5/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTO IDÔNEO. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. HC NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Legítima a exasperação da pena-base, pela circunstância judicial da culpabilidade, fundamentada na premeditação e preparo da conduta delituosa.

3. Não há falar em suplementação de fundamentação se o Tribunal, em apelação, se limita a validar o mesmo fundamento idôneo que embasou o aumento da pena-base em 1º Grau.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 295.911/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 17/6/2016)

No que diz respeito à causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, asseverou o Tribunal a quo:

Na terceira fase, inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Os elementos colhidos nos autos e a própria situação do flagrante apontam para o fato de LUCAS se dedicar à atividade de natureza criminosa.

Verifica-se que houve denúncia anônima de que LUCAS estava andando em seu veículo, em via pública pública, ostentando uma arma de fogo, o que desencadeou a descoberta das munições e de 194 quilos de cocaína, ou seja, grande quantidade de droga, em compartimento falso do caminhão.

Conforme relatório de f.71-74, confirmado pelo Policial Civil Alihe Lago Bastos em juízo, para cada transporte de cocaína LUCAS recebia um telefone celular diferente e, ainda, o caminhão era abastecido em Ponta Porã, sendo o apelante era levado a um hotel por um paraguaio.

Até então temos: ANDRÉ, pessoa que aliciou LUCAS, pessoa conhecida como "CHAPA", contato de LUCAS, pessoa desconhecida que preparou o fundo falso no caminhão, sendo ainda que anteriormente houve a aquisição da droga, avaliada aproximada em dois milhões de reais, em grande quantidade, pessoa que a receberia em Santa Catarina para distribuição, ou seja, delineada organização criminosa voltada ao narcotráfico.

Prosseguindo, para "disfarçar" o transporte da cocaína LUCAS tinha a obrigação de conseguir o transporte de uma carga lícita, com nota fiscal, para a Região Sul.

Ressalte-se que NATÁLIA ventilou, em juízo, a possibilidade de LUCAS ainda fazer contrabando dos pneus do caminhão para a Região Sul.

Portanto, inviável o reconhecimento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que o fundamento utilizado pela Corte estadual para manter o afastamento da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi o de dedicação do paciente às atividades criminosas, ressaltando as peculiaridades do caso e a expressiva quantidade de drogas apreendidas.

A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percutiente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. *Habeas corpus denegado.* (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. **A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita.**

[...]

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016)

Por conseguinte, mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias (superior a 8 anos), os pleitos de abrandamento do regime e de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, restam prejudicados, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 2º, e no art. 44, ambos do Código Penal – CP.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0180440-0

HC 517.096 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027825120168120020 14982016 27825120168120020

EM MESA

JULGADO: 13/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL ANTONIO JOAO DE ANDRADE - MS004835B
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	LUCAS AGUERO BARBOSA (PRESO)
CORRÉU	:	NATALIA KARNIKOWSKI DE MATOS
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

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.