



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.390 - MS (2017/0153031-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : EDER BARBOSA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

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 INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SE DEDICA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO. AFASTAR O CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. NÃO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na expressiva quantidade do entorpecente (600 kg de maconha), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente é integrante de organização criminosa e se dedica ao comércio espúrio, 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.

4. Não há *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si só, evidenciam a dedicação do paciente a atividades criminosas e seu vínculo com organização criminosa. Precedente.

5. Os temas relativos à alteração de regime prisional e à aplicação da permuta legal não foram objeto de debate na Corte de origem, o que impede a análise das questões diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

6. O não reconhecimento do tráfico privilegiado inviabiliza o afastamento do caráter hediondo do delito, nos moldes decidido pelo Supremo Tribunal Federal no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 118.533/MS.

7. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.390 - MS (2017/0153031-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : EDER BARBOSA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **EDER BARBOSA DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 720 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006, bem como foi absolvido dos crimes previstos nos arts. 180 e 330 do Código Penal, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante que a quantidade de droga, isoladamente, não tem o condão de denotar que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes ou integra organização criminosa, impondo-se o reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Aduz ser cabível o regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso seja acolhido o pleito de incidência da minorante, afastando-se o caráter hediondo do delito.

Requer, assim, o reconhecimento do tráfico privilegiado, a fixação do regime aberto, a aplicação da permuta legal e o afastamento da hediondez do delito.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 412-413).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 439-443).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.390 - MS (2017/0153031-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : EDER BARBOSA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

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 INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SE DEDICA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO. AFASTAR O CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. NÃO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na expressiva quantidade do entorpecente (600 kg de maconha), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente é integrante de organização criminosa e se dedica ao comércio espúrio, 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.
4. Não há *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si só, evidenciam a dedicação do paciente a atividades criminosas e seu vínculo com organização criminosa. Precedente.
5. Os temas relativos à alteração de regime prisional e à aplicação da permuta legal não foram objeto de debate na Corte de origem, o que impede a análise das questões diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.
6. O não reconhecimento do tráfico privilegiado inviabiliza o afastamento do caráter hediondo do delito, nos moldes decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo sentenciante, ao condenar o paciente à pena de 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, deixou de aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 pelos seguintes fundamentos:

"O privilégio previsto no artigo 33, § 4º da lei em comento não pode ser aplicado.

Observe-se que o réu foi trazido de Goiás, hospedado no Paraguai, e estava levando a droga de volta para seu estado de origem. Sabia que trabalhava para uma organização estruturada. Além disso receberia no mínimo R\$ 6.000,00 pelo transporte, o que significa que não se tratava de negócio de pequena importância. Sabe-se que o tráfico em Ponta Porã, ainda mais com essa quantidade de drogas, tem ligações internacionais. Esse conjunto de fatores gera a convicção de dedicação e adesão à associação criminosa, sendo que seria ingênuo acreditar que tão expressiva quantidade de droga seja transportada sem o amparo de uma estrutura criminosa". (e-STJ, fl. 243).

A Corte de origem manteve afastada a incidência do referido redutor sob a seguinte motivação:

"O apelante pugnou, ainda, pelo reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

Entretanto, analisando os autos, verifica-se que, de fato, o apelante não preenche os requisitos legais, pois apesar de ser primário e não registrar antecedentes criminais, diante das circunstâncias do fato delituoso, patente que integrava organização criminosa e se dedicava às atividades criminosas, pois foi contratado na cidade de Goiânia/GO para transportar 600 Kg de maconha em um veículo EcoSport, produto de crime, com placa do estado de Goiás (fls. 43-45 e 64-70), sendo que o entorpecente estava em cima do banco traseiro e no porta-malas, o que não ocorreria se o contratante não depositasse confiança nele.

Portanto, incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado". (e-STJ, fls. 389-390).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

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 integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da minorante do tráfico privilegiado, por entender que, além da **quantidade da droga apreendida** (600 kg de maconha), **as provas colhidas nos autos** demonstram o envolvimento do paciente com um grupo criminoso organizado e a sua dedicação ao tráfico de entorpecentes.

Desse modo, assentado pelas instâncias antecedentes, soberana na análise dos fatos, que o paciente integra organização criminosa e se dedica ao comércio espúrio, 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. [...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Impende ressaltar que, embora a quantidade da droga apreendida tenha sido sopesada na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica a ocorrência de *bis in idem*, pois a dedicação do paciente à atividade criminosa e seu envolvimento com organização criminosa se evidenciam em outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Cito a propósito o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão das circunstâncias do delito, inclusive quanto à quantidade e nocividade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pelas circunstâncias do delito, como a quantidade e diversidade da droga apreendida .

- Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- No caso, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, bem como a quantidade das drogas foi utilizada para afastar o redutor, o regime fechado está justificado.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 382.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/5/2017, DJe 5/5/2017).

Os temas relativos à alteração do regime prisional e aplicação da permuta legal não foram debatidos na Corte de origem, o que impede a análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância (HC 383.893/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 23/3/2017).

Por fim, é inviável o afastamento do caráter hediondo de delito de tráfico de drogas, nos moldes decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS, ante o não reconhecimento da sua forma privilegiada.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0153031-4

HC 405.390 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034436720158120019 34436720158120019

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

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	: EDER BARBOSA DA SILVA (PRESO)

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.