



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.087 - MS (2017/0170723-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : MAIZA APARECIDA RIBEIRO DE CARVALHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A ACUSADA DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PEDIDO PREJUDICADO. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. PREJUDICADO O PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, 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. Precedentes.

– Na espécie, infere-se que o Tribunal local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que as circunstâncias do caso, indicativas do tráfico habitual, por ter envolvido a responsabilidade pelo transporte de elevada quantidade de droga, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas, de modo que inexistente constrangimento ilegal alegado pela defesa. Precedentes.

– Dessa forma, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

– Não reconhecido o tráfico privilegiado, fica prejudicado o pedido de afastamento da hediondez do delito de tráfico de entorpecentes.

– Inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, inviável o acolhimento do pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

– É de ser mantido o regime inicial fechado, pois o acórdão recorrido consignou a sua necessidade com lastro na gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade da droga apreendida, a qual, inclusive, foi utilizada na terceira etapa da dosimetria da pena, para fundamentar a não aplicação do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.087 - MS (2017/0170723-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : MAIZA APARECIDA RIBEIRO DE CARVALHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de MAIZA APARECIDA RIBEIRO DE CARVALHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, proferido no julgamento da Apelação 0009088-27.2015.8.12.0002.

Consta dos autos que a paciente foi condenada pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incidente a majorante do art. 40, VI, do mesmo diploma, sendo-lhe aplicadas as penas de 6 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 625 dias-multa (fls. 187/193).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal local, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, consoante acórdão assim ementado (fl. 277):

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVADA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – NÃO ACOLHIMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

- A minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, destina-se ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dedique à traficância ou integre organização criminosa. Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, torna-se inviável a incidência da causa de redução de pena pelo tráfico privilegiado.

- Necessária a manutenção do regime inicial fechado quando as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais e as circunstâncias do caso concreto são desfavoráveis ao apelante, conforme dispõe o artigo 33, § 3º do Código Penal.

Foram interpostos embargos infringentes, aos quais a Corte local negou provimento, consoante a seguinte ementa (fl. 354):

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO PRIVILÉGIO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – HEDIONDEZ MANTIDA – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO – INCABÍVEL – RECURSO DESPROVIDO.

Ausentes os requisitos legais enumerados em âmbito do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma cumulativa, incabível a incidência da causa de redução de pena do intitulado tráfico privilegiado, mantida a hediondez do delito.

Deve ser mantido o regime prisional fechado se fixado em atendimento ao art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

No presente *mandamus* (fls. 1/14), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois refutou a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos legais para a sua incidência tenham sido preenchidos. Em consequência do reconhecimento do tráfico privilegiado e redução da pena, defende o afastamento do caráter hediondo do delito, a modificação do regime para o aberto e a aplicação do art. 44 do CP em favor da acusada.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em favor da paciente e, em decorrência, modificado o regime prisional para o inicial aberto, com a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos e o afastamento do caráter hediondo atribuído ao delito.

Pedido liminar indeferido (fls. 377/381).

Informações prestadas às fls. 388/453 e 455/494.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 496/503).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.087 - MS (2017/0170723-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se, na presente impetração, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, em decorrência, a modificação do regime prisional para o inicial aberto, a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos e o afastamento do caráter hediondo atribuído ao delito.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante não reconheceu a figura do tráfico privilegiado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favor da paciente, com base na seguinte fundamentação (fl. 190):

Caminhando, apesar de ser primária (f. 171-2), não merece acolhimento a benesse do tráfico privilegiado. Isso porque está clara e evidente a participação da ré numa rede de crime organizado para a distribuição de entorpecente. Tal se dá porque saiu de seu domicílio na cidade de Bataguassu, dirigiu-se até Ponta Porã/MS, recebeu de desconhecidos a maconha, foi conduzida até o trevo de Dourados em num veículo, que não quis identificar, e pretendia seguir viagem a Brasilândia. Some-se a isso, toda empreitada fora realizada na companhia da adolescente Cassiana da Silva Lopes.

Portanto, estamos diante de uma convergência de vontades, de esforços, e divisão de tarefas para a consecução do tráfico.

Assim, claro está que a ré integra organização criminosa ao servir de elo para disseminar os entorpecentes na sociedade.

A Corte local, ao negar provimento ao apelo da defesa, manteve a não aplicação do privilégio, tendo o voto condutor do acórdão assentado que (fls. 281/282):

Em sede de recurso, o apelante propugna pela aplicação do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006), corretamente negada pelo Magistrado sentenciante.

Como bem se sabe, o dispositivo legal ora invocado consubstancia a hipótese do denominado "tráfico privilegiado", cuja finalidade é abrandar a pena do agente que preenche os requisitos legais estabelecidos pelo legislador.

Reza o mencionado dispositivo legal que "nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas 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." Com efeito, a partir da redação legal acima disposta, pode-se concluir que para que o réu possa fazer jus ao benefício da diminuição, deverão estar presentes quatro requisitos cumulativos: (I) agente primário; (II) bons antecedentes; (III) não dedicação a atividades criminosas; (IV) não integração de organização criminosa.

Sobre a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, Renato Marcão leciona que "para fazer jus ao benefício, o réu deve satisfazer todos os requisitos, cumulativamente. A ausência de apenas um determina negar a benesse".

Nesse mesmo sentido, a diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto aos dois primeiros requisitos (primariedade e bons antecedentes), estes se submetem a uma avaliação estritamente objetiva, pois basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Por outro lado, no tocante aos últimos requisitos, a análise deve ser mais criteriosa e envolve uma apreciação subjetiva do magistrado que a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, deverá concluir se o agente é 'dedicado às atividades criminosas' e/ou se 'integra organização criminosa'.

No vertente caso, pelas circunstâncias concretas, pode-se verificar que não está presente o requisito da 'não dedicação a atividades de caráter criminosas'.

Isto porque, nada obstante a primariedade do apelante, noutro norte, as circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante, cumuladas a quantidade elevada, a natureza do entorpecente apreendido 20 Kg (vinte quilos de maconha), e por fim, merecendo relevante destaque a saída da cidade onde reside – Bataguassu/MS – se deslocando até a cidade de Ponta Porã/MS, onde recebeu a referida droga de um desconhecido, sendo conduzida até o trevo de Dourados/MS por um veículo o qual a apelante não quis identificar, e fazer a entrega do entorpecente na cidade de Brasilândia/MS para pessoa desconhecida, afirmando que na entrega da droga receberia o valor de 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Assim, atendendo aos preceitos acima mencionados, tem-se que o apelante não faz jus à causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão da clara dedicação às atividades criminosas.

Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, 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.

Logo, a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, conferir: HC 362.266/RS, deste Relator, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016 e HC 326.519/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016.

Na espécie, pela leitura dos excertos acima transcritos, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que o transporte de elevada quantidade de entorpecente (20 kg de maconha) aliado às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que a paciente dedica-se às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades ilícitas ou integra organização criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. TRANSPORTADOR QUE FOI PRESO COM ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (64 QUILOS DE MACONHA). REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. O fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para afastar a 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, uma vez que o acusado agiu na condição de "mula", ou seja, transportador da droga, aliado às circunstâncias do delito, uma vez que foi flagrado transportando 64 kg (sessenta e quatro quilos) de maconha.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 398.840/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS E 5 MESES DE RECLUSÃO. ABSOLVIÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 180 DO CP. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA APREENDIDA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PEDIDO PREJUDICADO. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas ou integrem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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. Precedentes.

- Na espécie, infere-se que o sentenciante conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a confissão do paciente e as circunstâncias da prisão, que envolveu a responsabilidade pelo transporte de elevada quantidade de droga, qual seja, 82 kg de maconha, escondida nos forros do banco traseiro e das portas do veículo apreendido, são circunstâncias que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas e integração à organização criminosa, de modo que inexistente constrangimento ilegal alegado pela defesa. Precedentes.

- Dessa forma, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 351.784/MS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017) - grifei.

Por oportuno, não reconhecido o tráfico privilegiado, fica prejudicado o pedido de afastamento da hediondez do delito de tráfico de entorpecentes.

Do mesmo modo, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da sanção, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que 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 fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime inicial fechado na gravidade concreta do delito (fls. 282), evidenciada pela quantidade elevada da droga apreendida - *20kg de maconha* -, que justificou o afastamento do privilégio, *decisum* que se alinha ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.434/2006.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. NATUREZA, VARIEDADE, NOCIVIDADE E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicialmente fechado de cumprimento da pena com base nas circunstâncias do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso concreto, em consonância com a jurisprudência firmada por esta Corte, para quem a natureza, a quantidade e/ou variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes.

5. Tendo em vista que a reprimenda aplicada ao paciente é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se inviável a substituição da pena, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 348.208/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017) - grifei.

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. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESE PREJUDICADA PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

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.

3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que ***inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.***

4. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. ***Precedentes.***

5. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, a natureza, quantidade e diversidade das drogas justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

6. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 403.571/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0170723-5

HC 408.087 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00090882720158120002 90882720158120002

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

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	: MAIZA APARECIDA RIBEIRO DE CARVALHO (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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.