



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 418.159 - MS (2017/0249896-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : JACSON WILLIAN POSPOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONDIÇÃO DE 'MULA'. ENVOLVIMENTO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. Não constitui ofensa ao princípio da colegialidade a análise monocrática do *habeas corpus* pelo relator quando o pedido formulado na inicial estiver em evidente confronto com a jurisprudência dominante desta Corte.

2. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram que o delito fora cometido com características próprias de organização criminosa, não podendo esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

4. A orientação jurisprudencial desta Casa, firmou-se no sentido de que *"O fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos (REsp 1365002/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22/8/2017, DJe 11/9/2017). Entretanto, na hipótese, a Corte local indicou circunstâncias concretas, que, aliadas ao transporte de tamanha quantidade de entorpecentes – 500kg (quinhentos quilos) de maconha –, conduziram à conclusão da inserção do paciente em organização criminosa e dedicação a atividades delitivas.

5. Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

6. No caso, embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com base em duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 418.159 - MS (2017/0249896-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : JACSON WILLIAN POSPOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por JACSON WILLIAN POSPOR contra decisão monocrática de minha lavra que denegou a ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 267/277).

Nas razões regimentais, alega o agravante que a decisão monocrática teria-lhe retirado o direito de ter o pleito julgado por órgão colegiado, causando-lhe efetivo prejuízo. Assere que *"a matéria ora versada merece ser submetida ao crivo da Turma Criminal dessa casa, em que pese à confiança depositada no prudente arbítrio de Vossa Excelência, tendo em vista que o tema é de competência daquele órgão"* (e-STJ fl. 280).

Sustenta, ainda, que, no mérito, razão lhe assiste, pois *"a alegação de que o mesmo se dedicava à atividades criminosas, em razão da quantidade da droga apreendida - 500 kg de maconha, não é fundamento idôneo para obstar a aplicação da benesse do tráfico privilegiado. Ademais, da própria decisão vê-se que há descrição dos atos inerentes à condição de 'mula', a saber: transporte de grande quantidade de droga (500 kg maconha), financiamento específico da viagem e pagamento de R\$ 1.500,00. Certo é que não há nos autos elementos que comprovem dedicação a atividades criminosas, sendo presumida principalmente pela quantidade da droga apreendida. Porém, essa Corte de Justiça tem entendimento que tão somente a quantidade da droga presumindo dedicação a atividade criminosa não é fundamento apto a afastar a incidência do tráfico privilegiado"* (e-STJ fl. 281).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assevera, por fim, que, com o reconhecimento do tráfico privilegiado, deve ser abrandado o regime prisional e substituída a pena corporal por restritivas de direitos. Afirmar que, caso não acolhido o pedido principal, a fixação do regime semiaberto seria medida imperativa.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o processamento deste recurso nos termos do art. 258 e seguintes do RISTJ.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 418.159 - MS (2017/0249896-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Nos termos da orientação desta Corte, o relator, além de negar provimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com Súmula do próprio Tribunal ou de Tribunal Superior, poderá também decidir monocraticamente quando o pedido formulado na inicial estiver em evidente confronto com a jurisprudência dominante da Corte originária, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Nesse contexto, na espécie, não há ofensa ao princípio da colegialidade, pois este Relator estava autorizado a denegar a ordem do remédio constitucional em desfile, porquanto manifestamente contrário à orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O INDEFERIMENTO LIMINAR DE HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. FALTA DE CABIMENTO DE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MANIFESTA INVIABILIDADE. PROFUNDO REEXAME DE FATOS E DE PROVAS.

1. Não ofende o princípio da colegialidade a análise monocrática do habeas corpus pelo relator "quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos", a teor do art. 210 do RISTJ (AgRg no HC n. 258.964/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

[...]

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 327.756/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 09/10/2015, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA.

O artigo 34, inciso XX do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça autoriza o Relator a decidir o habeas corpus quando o pedido for manifestamente incabível ou improcedente, como ocorre na hipótese dos autos, não se configurando, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes.

[...]

5. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg nos EDcl no HC 339.302/AP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 25/05/2016, grifei.)

Quanto à questão de fundo, entendo que a decisão singular deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consoante o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a seguinte lição:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda (in Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359.)

Na hipótese dos autos, ao julgar a apelação defensiva, a Corte local manteve a não incidência da aludida minorante, amparando-se nos seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos (e-STJ fl. 239):

Ao contrário do que foi aduzido nas razões recursais, há contra o apelante indicativos suficientes de seu envolvimento com atividades criminosas.

De acordo com as declarações prestadas pelo apelante em fase inquisitiva (fls.11/12) e principalmente em juízo (sistema audiovisual disponível no SAJ – fls. 96), os fatos envolveram a atuação de uma rede organizada e voltada para a prática do tráfico de drogas. Desde sua saída de Santa Catarina até a cidade de Coronel Sapucaia/MS, onde após a “preparação” do veículo para levar a droga até o Estado de São Paulo, é possível observar a participação de vários agentes na empreitada delitiva.

Ressalta-se a quantidade de agentes que participaram do crime. Além do apelante, que seria o responsável pelo transporte dos entorpecentes, os agentes responsáveis pela contratação e aqueles que provavelmente preparam e acondicionam o entorpecente no veículo e ainda os que receberiam as drogas em outro estado da federação, podendo-se verificar que se trata de uma organização criminosa muito bem articulada.

Ademais, não se pode olvidar que a estrutura necessária à aquisição e armazenamento do entorpecente no veículo, conforme acima apontado, indica que o apelante estava a serviço de organização criminosa.

Outro ponto que é forte indicativo de que se trata de agente dedicado a atividades criminosas é a grande quantidade de droga encontrada no momento da prisão em flagrante, já que não é usual que um pequeno traficante ingresse na atividade com tamanha quantidade de material entorpecente (500 quilos de “maconha”).

Logo, diante das circunstâncias em que ocorreu o ilícito, com grande quantidade de droga (500 Kg de maconha); transporte a longa distância (de Coronel Sapucaia/MS para o estado de São Paulo), mediante pagamento (R\$ 15.000,00) e financiamento específico para a viagem; o modo concatenado como o delito foi perpetrado; a prévia preparação, indicam que o apelante integrou rede de distribuição de drogas para várias outras localidades do país, aspectos capazes de demonstrar que fazia parte de organização criminosa.

Assim, não merece acolhida o pedido de aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Tal o contexto, não vislumbrei constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da causa especial de diminuição da pena, uma vez que as instâncias ordinárias deixaram de aplicá-la respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, que demonstraram que o paciente dedicar-se-ia à atividade criminosa, excluindo a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

De fato, a orientação jurisprudencial desta Casa firmou-se no sentido de que *"O fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos (REsp n. 1.365.002/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 11/9/2017).*

No entanto, na hipótese, da leitura do acórdão estadual, vê-se que a Corte local indicou circunstâncias concretas nos autos, que, aliadas ao transporte de tamanha quantidade de entorpecentes – **500kg (quinhentos quilos) de maconha** –, conduziram à conclusão da inserção do paciente em organização criminosa e dedicação a atividades delitivas.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. TRANSPORTADOR DE DROGAS. MULA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. No caso, o agravante foi preso em flagrante quando se encontrava na iminência de embarcar para a Istambul/Turquia, levando consigo 3.015 gramas de cocaína, ocultos sob o forro da mala que trazia consigo.

2. Em consonância com o entendimento desta Quinta Turma, foi ressaltado que a simples atuação do indivíduo flagrado no transporte eventual de droga alheia ("mula") não pode levar à conclusão de que integre organização criminosa para efeito de afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. Todavia, a referida minorante foi afastada pois, no caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de prova, que o réu "não se trata indivíduo que se apresente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

totalmente desvinculado de organizações criminosas ou sobre quem não pairem indicativos de que tenha como meio de vida a dedicação ao crime, notadamente em razão "das anotações de viagens anteriores havidas no passaporte do acusado, viagens estas de curta duração (Azerbaijão - 1 semana; Geórgia - 1 dia) e cujo propósito evidentemente não foi aquele mencionado pelo réu na versão que trouxe à baila em seu interrogatório (procura de um trabalho temporário) tudo a indicar que foram realizadas com o mesmo propósito que a viagem feita ao Brasil e que culminou com sua prisão, ou seja, a traficância de drogas." 4. Com efeito, "esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada." (AgRg no AREsp 736.510/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017) 5. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

Agravo regimental no habeas corpus desprovido.

(AgRg no HC 241.072/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CUJA FUNÇÃO É O TRANSPORTE DA DROGA (MULA). FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

6. Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.

7. A simples atuação como "mula", por si só, não induz que o paciente integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até por que pode se tratar de recrutamento único e eventual. Precedente do STF.

8. Embora atuação na condição de "mula" não seja suficiente para denotar que o paciente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, é considerada como circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, a fim de se modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, por ter o agente conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional. Precedente do STF.

9. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu motivadamente a pena em 1/6, por considerarem que o paciente, embora não integre, de forma permanente e estável, organização criminosa, "tinha consciência de que, com sua participação no transporte da droga, colaborava decisivamente para o sucesso de um grupo criminoso internacional", o que não se mostra desproporcional.

10. Inalterado o quantum da pena fixada, ficam mantidos o regime inicial fixado (semiaberto) e a inviabilidade de sua substituição por restritivas de direitos, nos moldes exarados nas decisões ordinárias.

11. Habeas corpus não conhecido.

(HC 365.603/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 13/12/2016)

Ademais, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AGENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Sopesada a quantidade e natureza da droga apreendida (26 pedras de crack e 9 bucinhas de cocaína), nos termos do art. 42 da Lei n.

11.343/2006, c/c o art. 59 do Código Penal, a fixação da pena em 1 (um) ano acima do mínimo, não se apresenta exagerada, considerando as circunstâncias desfavoráveis ao paciente.

4. In casu, as instâncias antecedentes concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas, tendo em vista o registro de incursões penais, notadamente, relacionados a entorpecentes.

5. Conforme precedentes deste Tribunal Superior, a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, constitui fundamento suficiente para afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (HC 330.418/RS, RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 09/11/2015; HC 313.318/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/05/2015).

6. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, 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.

7. Em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, não há razões para flexibilizá-lo, pois, a despeito de ter sido condenado à pena inferior a 8 anos, o paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal em razão da quantidade da droga apreendida e das circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que torna possível a fixação do regime inicial mais gravoso, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, art. 59, ambos do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 299.279/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Dispõe o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal que o condenado não reincidente, cuja pena for superior a 4 anos e não exceder a 8 anos, poderá, desde o princípio, cumprir a reprimenda em regime semiaberto.

Entretanto, o regime de cumprimento de pena mais gravoso do que aquele que a pena comporta pode ser estabelecido desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

Na espécie, observei que o Tribunal de origem consignou que "[...] o regime fechado é o cabível na espécie dada a presença de duas circunstâncias judiciais negativas, principalmente a grande quantidade de droga transportada (500kg de maconha)" (e-STJ fl. 240)

Assim, em que pese à primariedade do paciente, e embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, verifico que as instâncias ordinárias consideraram negativamente a quantidade de droga apreendida e a culpabilidade do paciente, tanto que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por conseguinte, justificada a necessidade de uma resposta penal mais efetiva, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o apontado constrangimento ilegal.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Não há se falar em ilegalidade na exasperação da pena-base, porquanto os fundamentos utilizados são idôneos. - Quanto à redutora, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. No caso, não há se falar em sua aplicação, tendo em vista que o acusado é portador de maus antecedentes.

- Em relação ao regime, 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 para os condenados por crimes hediondos e equiparados. - Todavia, no caso, deve ser mantido o regime fechado, pois presente circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza da droga e maus antecedentes, há elementos concretos que recomendam o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o patamar da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 390.837/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22/08/2017, DJe 31/08/2017, grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CULPABILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE NOVOS FUNDAMENTOS. DESCABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

II - "É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a 8 anos de reclusão (in casu, 4 anos e 8 meses de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime fechado para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 372.261/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10/10/2016).

III - In casu, tendo sido valorada negativamente a circunstância judicial da culpabilidade, bem assim, tendo sido a circunstância referente a quantidade da droga considerada na terceira fase da dosimetria para impedir a incidência da minorante em seu grau máximo, fica impedida a determinação do regime semiaberto unicamente em razão do quantum de pena cominado.

IV - Não há que se falar que foram agregados novos fundamentos para embasar a fixação do regime fechado para o início da reprimenda, pois como bem detalhado na r. decisão agravada, para a correta fixação do regime para o resgate da pena, devem ser considerados os ditames do art. 33 do Código Penal, o que foi efetivamente feito na espécie por ocasião do julgamento do writ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 393.051/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 21/08/2017, grifei)

Diante dessas considerações, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos e nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0249896-7

AgRg no
HC 418.159 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0002188852016812004 00024365120168120004 24365120168120004

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

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 : JACSON WILLIAN POSPOR (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JACSON WILLIAN POSPOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.