



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.039 - MS (2017/0277525-9)

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 : IVAN MENACHO DIAZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. 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 O ACUSADO DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE ELEVADA E NOCIVA 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conclui-se 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 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.

– 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 e nocividade da droga apreendida, a qual, inclusive, foi utilizada por ocasião da dosimetria da pena, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e no art. 33, § 3º, do CP. 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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.039 - MS (2017/0277525-9)

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 : IVAN MENACHO DIAZ (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de IVAN MENACHO DIAZ contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0004305-71.2015.8.12.0008).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, além de 1 ano de detenção, em regime aberto, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 12 da Lei n. 10.826/2003 (fls. 354/375).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo negado provimento ao recurso da defesa e parcialmente provido o ministerial, para reconhecer a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 497/513). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL ACUSATÓRIA - TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - CONDENAÇÃO DA RÉ TAÍS DOS SANTOS DE JESUS POR AMBOS OS CRIMES - INVIABILIDADE - RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS - POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O pronunciamento de um juízo condenatório exige do julgador a convicção plena da ocorrência e autoria do fato, o que não ocorreu na hipótese. Portanto, para privilegiar uma melhor aplicação do direito, de forma mais aproximada do senso de justiça, é mais aconselhável que se absolva um possível acusado a condenar um provável inocente.

2. Para configurar a incidência da causa de aumento de pena estabelecida no art. 40, III, da Legislação de entorpecentes (Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06), basta que o crime seja cometido no interior de transporte público interestadual, independentemente da intenção do agente em disseminar a droga entre os demais passageiros.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - RÉU IVAN MENACHO DIAZ - TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - RECONHECIMENTO DA MINORANTE DA EVENTUALIDADE - PEDIDO NÃO ACOLHIDO - ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE PRISÃO - IMPERTINÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

1. 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.

2. Para fixação do regime inicial de prisão, deve ser levada em consideração, além da quantidade de pena imposta, a eventual condição de reincidente do agente, a existência de circunstâncias judiciais a ele desfavoráveis e, ainda, a inteligência do art. 387 § 2º, do Código de Processo Penal.

Sobre a parte não unânime do julgado, a defesa opôs embargos infringentes, os quais foram providos para afastar a majorante reconhecida em sede de apelação, razão pela qual a pena fixada na sentença foi restabelecida (fls. 576/581).

No presente *mandamus* (fls. 1/15), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos legais para a sua incidência. Discorre sobre o conceito jurídico de organização criminosa e afirma que a eventual cooperação do paciente, na qualidade de mula, não conduz à conclusão de que integrava o crime organizado. Além disso, afirma que inexistem provas no sentido de que o paciente se dedicava ao tráfico com habitualidade e destaca o fato de que ele é primário e não possui maus antecedentes. Outrossim, aduz que a quantidade de droga apreendida não é expressiva para o local onde ocorreu a apreensão.

Em consequência do reconhecimento do tráfico privilegiado, entende ser cabível o estabelecimento de regime mais brando, além do afastamento do caráter hediondo do delito.

Ao final, formula pedido liminar para que os efeitos do acórdão impugnado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sejam suspensos até o julgamento deste *writ* 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, com redução da pena e, em consequência, seja afastado o caráter hediondo atribuído ao delito, além do abrandamento do regime prisional.

Pedido liminar indeferido (fls. 592/594).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 599/606).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.039 - MS (2017/0277525-9)

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, o abrandamento do regime prisional 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 favor da paciente, com base na seguinte fundamentação (fl. 365):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De igual modo, não é cabível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Embora primário e de bons antecedentes, não consta dos autos que o acusado tenha outra fonte de renda, capaz de lhe garantir a subsistência digna, a não ser a prática de atividade criminosa (tráfico de droga). Portanto, imperioso concluir que o mesmo se dedica a atividades ilícitas. Ademais, a grande quantidade de drogas (mais de dois quilos de cocaína), faz presumir que o mesmo faz parte de organização criminosa.

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. 507/508):

No caso particular, da análise do contexto probatório, é possível observar que, à despeito dos bons antecedentes e da primariedade do apelante, não está preenchido o requisito relacionado a não integração de organização criminosa, conclusão que decorre a partir da simples análise da dinâmica do fato delituoso. Explico.

Como apurado no decorrer da instrução processual, o apelante foi contratado por terceira pessoa desconhecida para transportar drogas da cidade de Corumbá para Campo Grande/MS, sendo que, no destino final, a droga seria entregue para uma outra pessoa, distinta do contratante, em determinado ponto desta capital. Para a realização desse "serviço", o apelante receberia determinada contraprestação em dinheiro.

Verifica-se, dessa forma, que várias foram as pessoas que participaram da dinâmica delituosa, cada uma delas com papel pré-definido e de essencial importância no âmbito do desenrolar da atividade criminosa, situação que, pela experiência cotidiana auferida no trato de situações semelhantes, é característica dos grupos criminosos ligados ao tráfico de drogas.

Não se pode olvidar, além do mais, que ninguém contrataria terceira pessoa para empreender tão longa viagem em busca de tamanha quantidade de droga se não depositasse um mínimo de confiança no contratado e acreditasse no sucesso da empreitada criminosa, situação que corrobora ainda mais a conclusão de que o réu fazia parte de especializada organização criminosa.

Além do mais, nessa análise, reputo necessário exaltar que, apesar de respeitável entendimento jurisprudencial em sentido contrário, o chamado "mula", pessoa contratada para transportar grande quantidade de droga, não pode receber tratamento penal mais brando, pois é peça fundamental da cadeia do tráfico. Essas pessoas atuam de forma decisiva no êxito das grandes quadrilhas, pois, além de fazerem o transporte da substância entorpecente em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"atacado", mantêm o sigilo absoluto acerca da identidade de seus "chefes", protegendo a integridade de toda a organização criminosa. Dessa forma, existe uma clara adesão da conduta desses transportadores ao alto escalão do tráfico de drogas, devendo receber resposta penal à altura da gravidade de seu nefasto comportamento.

Assim, não há falar em reconhecimento do tráfico privilegiado em favor do apelante, benefício este cuja concessão está adstrita às pessoas que, apesar de cometerem o tráfico de drogas, são "traficantes eventuais" ou de "primeira viagem", o que, definitivamente, não é o caso do apelante, como visto acima.

Perante o exposto, diante dos fatores acima ressaltados, principalmente ante a estrutura do fato criminoso vislumbrada à luz do caso concreto, é possível concluir que o réu fazia parte de organização criminosa ligada à traficância, situação que, á luz do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, impede o reconhecimento do privilégio.

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (2,225kg de cocaína) 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 o paciente não se dedica às atividades ilícitas 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.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. Precedentes.

- Na espécie, infere-se que o sentenciante conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a confissão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 inexiste 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 amalhado 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.

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 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 n. 718 e 719 do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 509/510), evidenciada pela quantidade elevada e nociva da droga apreendida - 2,225kg de cocaína -, elemento que foi utilizado por ocasião da dosimetria da pena, *decisum* que se se alinha, portanto, 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2017/0277525-9

HC 422.039 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034119520158120008 00043057120158120008 0004305712058120005
08046301320158120008 34119520158120008 43057120158120008 4305712058120005
8046301320158120008

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

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. ALCIDES MARTINS

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	: IVAN MENACHO DIAZ (PRESO)
CORRÉU	: TAIS DOS SANTOS DE JESUS

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.