



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.928 - MS (2017/0214978-1)

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 : PAULA APARECIDA FANTINI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, V, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 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. PREJUDICADO O PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

– 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, pela Corte de origem, 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, inviável o acolhimento do pleito de sua substituição por medidas restritivas de direitos, pois o montante da sanção não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do CP.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Na espécie, observa-se que, apesar da primariedade da paciente e de o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comportarem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade e extrema nocividade do entorpecente apreendido (*cocaína*), elementos que, inclusive, foram valorados por ocasião da dosimetria da pena, justificando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não havendo, portanto, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado *ex officio* por esta Corte. 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, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.928 - MS (2017/0214978-1)

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 : PAULA APARECIDA FANTINI (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULA APARECIDA FANTINI contra acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0014672-78.2015.8.12.0001 e Embargos Infringentes n. 0014672-78.2015.8.12.0001/50000).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo e a majorante do art. 40, inciso V, do mesmo estatuto (fls. 196/209).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, tendo a Corte local negado provimento ao recurso da defesa e dado parcial provimento ao ministerial, afastando a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, razão pela qual a pena da paciente foi redimensionada para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para inicial fechado e cassar a substituição (fls. 317/329). Segue a ementa do acórdão:

EMENTA - RECURSO MINISTERIAL - PENA-BASE - MANTIDA TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (812G DE COCAÍNA) - AFASTADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - INCABÍVEL - REGIME PRISIONAL FECHADO - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Incabível a majoração da pena-base, quando inexistem circunstâncias judiciais negativas, com motivação idônea, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperar a pena.

Não preenchidos os requisitos legais previstos no § 4º, do artigo 33, da Lei de drogas, incabível a sua aplicação.

A grande quantidade de droga apreendida, é elemento que justifica o agravamento do regime prisional, pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério da droga, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

A substituição da pena privativa de liberdade somente deve ser aplicada quando preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previsto no artigo 44 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL ARTIGO 33. CAPUT C.C ARTIGO 40, V, DA LEI N. 11.343/06 - RECURSO DA DEFESA - MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40. V. DA LEI Nº 11.343/06 - MANTIDA - APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR MÁXIMO - PREJUDICADO - RECURSO IMPROVIDO.

Restando demonstrado pelas provas dos autos que a agente tinha a intenção de transportar a droga para outro estado da Federação, resta caracterizada a majorante contida no inciso V, do artigo 40, da Lei n. 11.343/06.

Sobre a parte não unânime do julgado, a defesa interpôs embargos infringentes, os quais não foram providos (fls. 386/397), em acórdão assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33. "CAPUT" DA LEI 11.343/06) - PLEITO PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40. V. DA LEI 11.343/06 - INCABÍVEL - DROGA TINHA COMO DESTINO O ESTADO DO MARANHÃO - DESNECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DA FRONTEIRA ESTADUAL - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 - INVIÁVEL - "MODUS OPERANDI" PRÓPRIO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - RECURSO IMPROVIDO.

Para a incidência da causa especial de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/06, basta a comprovação de que o produto tóxico tinha como destino outra unidade federativa, sendo irrelevante que haja ou não a efetiva transposição da divisa interestadual. No caso, a Embargante confessou que a substancia entorpecente apreendida seria transportada ate o Estado de Maranhão, o que autoriza a aplicação da majorante.

Muito embora não seja a Embargante reincidente, a quantidade de droga apreendida (812g de cocaína) e o "modus operandi" da ação criminosa tráfico interestadual envolvendo articulação de pessoas para garantir o transporte da droga e envolvendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

promessa de pagamento do transportador deixam evidente a colaboração da ré com uma organização criminosa voltada para a traficância, o que impede o reconhecimento da minorante do privilégio.

Com o parecer, recurso improvido.

No presente *mandamus* (fls. 1/23), a impetrante sustenta que os acórdãos impugnados impuseram constrangimento ilegal à paciente, pois refutaram a 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. No ponto, afirma não ser possível a negativa de aplicação do benefício, por presunção, com base na natureza e quantidade da droga apreendida, devendo a minorante incidir em sua fração máxima.

Em consequência do reconhecimento do tráfico privilegiado e redução da pena, defende que a paciente faz jus ao cumprimento da pena em regime prisional menos gravoso, à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e ao afastamento do caráter hediondo do delito.

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 sua fração máxima e, em consequência, seja fixado o regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, além do afastamento do caráter hediondo atribuído ao delito.

Pedido liminar indeferido (fls. 402/405).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 410/419).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.928 - MS (2017/0214978-1)

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, redimensionando-se a pena da paciente, com a consequente fixação de regime mais brando, aplicação do art. 44 do CP e afastamento da hediondez do 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, a Corte local, ao dar parcial provimento ao apelo da causação, afastou, por maioria de votos, o privilégio com lastro na seguinte fundamentação (fl. 322):

A Lei de Drogas prevê uma causa especial de diminuição de pena, aos agentes primários, de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organização criminosa, in verbis:

"Art. 33. (...) § 4º 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."

No caso em tela, incabível a aplicação do tráfico privilegiado, porquanto de acordo com a quantidade e espécie de droga apreendida, vale dizer, 812g (oitocentos e doze gramas) de cocaína (f. 11-12), infere-se que a acusada se dedica a atividades criminosas, não preenchendo, portanto, os requisitos legais exigidos para a concessão da aludida benesse.

Ao negar provimento aos embargos infringentes opostos pela defesa, o Tribunal de origem manteve a não aplicação do redutor, tendo o voto condutor do acórdão recorrido assentado que (fls. 391/392):

No que tange ao privilégio, tal como consta do voto vencedor do apelo, entendo inadequada a aplicação da minorante.

E que, "de acordo com a quantidade e espécie de droga apreendida, vale dizer, 812g (oitocentos e doze gramas) de cocaína (f. 11-12), infere-se que a acusada se dedica a atividades criminosas, não preenchendo, portanto, os requisitos legais exigidos para a concessão da aludida benesse".

Segundo informou Paula no momento de sua prisão, receberia o valor de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais) para realizar o transporte, ela disse que seu marido encontra-se preso nesta cidade de Campo Grande e que, ao visitá-lo no presídio, recebera a proposta para praticar o ilícito, Paula informou ser originária da cidade de Sorocaba/SP e que se mudou para Campo Grande com o objetivo de facilitar as visitas que faz a seu marido Jair, o qual se encontra detido no Presídio de Segurança Máxima desta capital.

Paula não agiu sozinha, tanto é que, em juízo, confessou que agiu mediante promessa de pagamento pela empreitada do transporte, narrando que recebeu as passagens aéreas e uma ajuda de custo para a alimentação. Afirmou que foi abordada na frente do presídio masculino, no dia que visitava seu marido que estava preso, para fazer a viagem levando entorpecente até o Maranhão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apontou que chegando ao destino alguém pegaria a droga com ela e lhe entregaria o dinheiro e as passagens para voltar (termo audiovisual de f. 145).

Assim, não há dúvida que a operação exigiu articulação para o transporte da droga, então a ação delituosa deu-se envolvendo vários agentes (ainda que estes não tenham sido identificados) e envolvia pessoas de Estados distantes (o Estado de destino era o Maranhão, que fica a cerca de 2000 quilômetros de distância de nosso Estado), havia promessa de pagamento e uma logística que incluía custeio de passagens aéreas e alimentação, mostrando um modus operandi que não é de uma pessoa amadora ou novata, tanto mais pelo valor da droga, que é elevado.

A causa de diminuição de pena do § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 é uma benesse que deve ser aplicada em casos pontuais em que há pequeno potencial de lesividade ao bem jurídico tutelado, o que não é este caso.

(...)

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que a natureza e a quantidade do entorpecente, de fato, impedem o reconhecimento da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11343/2006. Vejamos: (...)

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (*812g de cocaína*) aliado às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que a paciente integra organização criminosa.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 percuciente 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

Inalterada a pena corporal, fica inviável o acolhimento do pleito de sua substituição por medidas restritivas de direitos, pois o montante da sanção não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do CP.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

No caso, o acórdão recorrido fixou o regime mais gravoso com base na seguinte fundamentação (fl. 322):

Destarte, resta a pena definitiva da apelada em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

No caso em apreço, a imposição do regime prisional inicial deve ser feito de acordo com as particularidades do caso concreto e ditames do artigo 33, do Código Penal, pois apesar da pena ser inferior a 8 anos, o regime prisional inicial deve ser o fechado, ante a grande quantidade e a natureza da droga apreendida com a ora apelada, qual seja, 812 g de cocaína (f. 11-12) nos moldes do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Da leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que, apesar da primariedade da paciente e de o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comportarem, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade e extrema nocividade do entorpecente apreendido (812g de cocaína), elementos que, inclusive, foram valorados por ocasião da dosimetria da pena, justificando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, estando o acórdão recorrido, portanto, alinhado à jurisprudência desta Corte.

A propósito, destaco:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A elevada quantidade de drogas apreendidas - 2.774,0 g de cocaína - justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois foram apontados elementos concretos que indicam a integração da agravante em organização criminosa, estruturada especialmente para o narcotráfico.

3. Para afastar a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Embora, na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem haja feito breve menção à quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, não há falar em bis in idem, porquanto foram apontados diversos outros elementos que evidenciam a integração da agravante em organização criminosa e, por conseguinte, impedem a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Não obstante a recorrente haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal), os elementos que evidenciaram a sua integração em organização criminosa, bem como a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em contexto de tráfico transnacional, justificam, a toda evidência, a necessidade de fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 869.365/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017) - grifei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal a quo utilizou fundamentação concreta quando do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o acusado dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade e a natureza da droga apreendida (1,0696 Kg de maconha e 190,3g de cocaína), bem como pelo fato de o acusado participar de uma atividade criminosa estruturada, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como elemento de convicção de que o autor do delito se dedica a atividades criminosas.

3. Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva maior que 4 e menor que 8 anos (5 anos de reclusão), sendo primário o recorrente e sem antecedentes, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (1,0696 Kg de maconha e 190,3g de cocaína) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1677795/SP, Rel. deste Relator QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017) - 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: 2017/0214978-1

HC 413.928 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00105598150158120001 00146727820158812001 01242015 08135794720158120001
105598150158120001 1242015 146727820158812001 8135794720158120001

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

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	: PAULA APARECIDA FANTINI (PRESO)
CORRÉU	: JAIR AIRES FERREIRA

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, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.