



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 463.251 - MS (2018/0200425-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : JONAS SIMPCS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n.º 111.840/ES, inexistia a obrigatoriedade do **regime inicial fechado** para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando-se, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, § 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal, e das Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

- No caso, a natureza e a quantidade da droga transportada pelo paciente - **99,81 kg de maconha** - impediram a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

- Logo, havendo circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja a quantidade e a natureza da droga apreendida, que, inclusive, afastou a redução pelo tráfico privilegiado, deve ser mantido o regime inicial 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.º 11.343/2006.

- Esta Corte já decidiu que não há falar em *bis in idem* na utilização simultânea da quantidade do entorpecente, em uma das etapas da dosimetria da pena, e, ainda, no momento de estabelecer o regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 463.251 - MS (2018/0200425-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : JONAS SIMPCS (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 REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental em *habeas corpus* (fls. 301/313) interposto por JONAS SIMPCS, em face de decisão de minha relatoria (fls. 291/297), que não conheceu do *writ* anteriormente impetrado.

No presente recurso, o agravante alega que a sua pena definitiva restou fixada em **5 anos e 10 meses de reclusão**, além de a sua pena-base ter sido aplicada no mínimo legal, de maneira que faz ele jus ao regime inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea 'b', do Código Penal.

Aduz que a quantidade e a natureza da droga apreendida - **99,81 kg de maconha** - não constitui motivação idônea para a fixação do regime mais gravoso, pois não extrapola o ordinário das apreensões de entorpecentes no Estado de Mato Grosso do Sul.

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja reformada a decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 463.251 - MS (2018/0200425-9)

VOTO

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

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços do agravante, não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão, cuja conclusão mantenho, por seus próprios fundamentos.

O agravante se insurge ante a fixação de regime de cumprimento de pena inicialmente fechado.

Sobre o tema, assim se pronunciou a instância *a quo*:

"Conforme se extrai dos autos, o embargante foi preso em flagrante enquanto transportava, sem autorização legal, 158 tabletas de maconha, pesando 99.810 Kg (noventa e nove quilos e oitocentos e dez gramas), acondicionadas em um fundo falso no assoalho do veículo que dirigia.

Embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, entendo ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade concreta da conduta (transporte de quase 100 quilos de maconha), porquanto as circunstâncias do caso demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento." (fls. 268/269).

Sabe-se que, quanto ao regime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/07/2012, 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No caso, o juiz singular, ao promover a dosimetria da pena, fixou a pena-base no mínimo legal de **5 anos de reclusão**. Na segunda fase, a pena basilar ficou inalterada. Por fim, na terceira etapa, incidiu a causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, aumentando-se a pena em **1/6**, o que resultou no patamar de **5 anos e 10 meses de reclusão** e pagamento de **583 dias-multa**.

Ademais, a natureza e a quantidade da droga transportada pelo paciente - **99,81 kg de maconha** - impediu a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

Pela leitura do excerto acima, infere-se que, mesmo com a pena-base estabelecida no mínimo legal, houve fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, consubstanciada na quantidade e natureza da droga apreendida, circunstância idônea a motivar o regime prisional, consoante vem decidindo esta Corte, cujos precedentes destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. VIA ELEITA INADEQUADA. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL - CP. CIRCUNSTÂNCIA NÃO UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

5. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

In casu, a quantidade e natureza da droga apreendida - aproximadamente 1 kg de maconha - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 459.705/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS E NATUREZA DE UMA DELAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS E NATUREZA DE UMA DELAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/4 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente, bem como a natureza de uma delas - 731,59 g de maconha e 99,05 g de cocaína -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

[...]

3. Embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, adequado à espécie o regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, haja vista que a empreitada criminosa envolveu significativa quantidade de drogas, uma delas de natureza altamente nociva - 731, 59 g de maconha e 99,05 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), o que, inclusive, ensejou a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo. Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

4. Habeas corpus denegado. (HC 418.161/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR À 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.

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. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses, **revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (12 pedras de crack e 82 "buchinhas" de cocaína), conforme diretrizes do art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.**

3. Habeas Corpus não conhecido. (HC 341.049/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 19 pinos de cocaína e 10 invólucros de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 4 anos e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a natureza das drogas encontradas na posse do paciente - 19 pinos de cocaína e 10 invólucros de crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Writ não conhecido. (HC 339.558/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

Logo, havendo circunstância concreta, que recomenda o regime mais gravoso, qual seja a quantidade e a natureza da droga apreendida, que, inclusive, afastou a redução pelo tráfico privilegiado, deve ser mantido o regime inicial 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.

Por fim, acresça-se que esta Corte já decidiu que não há falar em *bis in idem* na utilização simultânea da quantidade do entorpecente, em uma das etapas da dosimetria da pena, e, ainda, no momento de estabelecer o regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. Firme nesta Corte o entendimento de inexistência de bis in idem "quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para afastar a minorante ou modulá-la e, logo depois, no momento da fixação do regime inicial do cumprimento da reprimenda" (AgRg no AREsp 466.013/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, DJe 9/6//2017).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1224088/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 03/10/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. *A simples presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não gera direito à aplicação da fração máxima da minorante, que pode ser modulada dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos, desde que haja fundamentação idônea. Nessa modulação, é possível a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido avaliadas em outra etapa da dosimetria, para que não haja bis in idem.*

2. *A quantidade e nocividade das drogas apreendidas (10 porções de oxi, 4 porções de cocaína e 1 porção de maconha) constituem fundamento idôneo para a estipulação da fração mínima de 1/6, conforme efetivado pelo Tribunal de origem, bem como para impor o regime mais gravoso.*

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1628219/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE ACENTUADA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA. **GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE VALORADA SOMENTE NA TERCEIRA FASE. MODULAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. REGIME FECHADO. BIS IN IDEM INEXISTENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

[...]

4. *Cumprir registrar, que é entendimento pacificado nesta Corte que inexistente bis in idem quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para afastar a minorante ou modulá-la e, logo depois, no momento da fixação do regime inicial do cumprimento da reprimenda. (Precedentes.)*

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 466.013/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Portanto, não há qualquer flagrante ilegalidade quanto ao regime fixado na hipótese, uma vez que, utilizada a natureza e quantidade de entorpecentes na terceira fase para impedir a aplicação da minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, justifica-se o regime fechado com base nos artigos 33, § § 2º e 3º, e 59, do Código Penal, e 42 da Lei 11.343/2006.

Habeas corpus não conhecido. (HC 392.337/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 06/06/2017)

Assim, pelas próprias razões do *decisum* impugnado, acima reiteradas, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0200425-9

AgRg no
HC 463.251 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021446320178120026 00023239420178120026 21446320178120026
23239420178120026

EM MESA

JULGADO: 04/12/2018

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. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

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 : JONAS SIMPCS (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 : JONAS SIMPCS (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.