



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.301 - MS (2015/0085549-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : REGINALDO ROSA PORTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM O ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO. *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.

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do crime e da natureza da droga.

– Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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.
- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.
- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão das circunstâncias do crime e da nocividade da droga apreendida, o regime mais gravoso foi devidamente fundamentado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
- *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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.301 - MS (2015/0085549-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : REGINALDO ROSA PORTO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de REGINALDO ROSA PORTO, no qual aponta como autoridade coatora do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0023304-64.2013.8.12.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena para 6 anos de reclusão, mantido o regime fechado, nos seguintes termos (fls. 331/339):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL - REDUÇÃO DA PENA-BASE PROPORCIONALIDADE - REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO - INCABÍVEL SUBSTITUIÇÃO DA PENA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há falar em ausência de provas para a condenação pelo delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, posto que a palavra das testemunhas aliada as demais provas colhidas no feito são elementos suficientes para a manutenção do decreto condenatório. Se a pena-base foi fixada em patamar exacerbado e desproporcional, embora tenha sido devidamente justificada nas circunstâncias desfavoráveis previstas no art. 59, do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/06, viável se torna sua redução. Mantém-se o regime inicial fechado ao condenado à pena superior a 4 (quatro) anos, quando algumas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal lhes são prejudiciais, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b" e § 3º, do Código Penal. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados à pena superior a quatro anos, a teor do disposto no inciso I, do art. 44 do Código Penal.

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista: a) o aumento da pena-base em razão da avaliação das circunstâncias do crime, porquanto os fundamentos apontados são inerentes ao tipo penal incriminador; b) a não aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto o paciente é primário, não se dedica à atividade criminosa e nem integra organização criminosa, assim como a quantidade de droga apreendida, não sugere que o paciente se dedique à atividade criminosa; c) a fixação do regime inicial mais gravoso sem fundamentação concreta.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o redimensionamento da pena e a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 346/348.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 357/363, pela denegação da ordem:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DEFENSIVA. PARCIAL PROVIMENTO. INVIABILIDADE DE MANEJO DO WRIT COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO (ESPECIAL). ENTENDIMENTO JÁ CONSOLIDADO NESSA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA-BASE POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA CALCADA NA NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA) E NO FATO DE O PACIENTE EXERCER O TRÁFICO EM BOCA-DE-FUMO. CIRCUNSTÂNCIAS AINDA SUFICIENTES PARA IMPEDIR SEJA A APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA DE TRÁFICO PRIVILEGIADO (LEI 11.343/06, ARTIGO 33 § 4º), POIS EVIDENCIAM TRATAR-SE DE INDIVÍDUO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA E INTEGRA ORGANIZAÇÃO DESSA NATUREZA, SEJA A ADOÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (CP, ARTIGO 59). MANIFESTAÇÃO PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.301 - MS (2015/0085549-1)

VOTO

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

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo, na não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e na fixação do regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, no que respeita à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a individualização da reprimenda está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

No caso dos autos, veja-se o que foi consignado pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena-base:

Da Fixação da Pena.

Analizando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico inicialmente que a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum a esse crime; os antecedentes também não justificam a exasperação, porquanto não consta em seu desfavor sentença condenatória transitada em julgado (p. 217, 218 e 229); a conduta social e a personalidade do agente serão analisadas abaixo, como circunstâncias judiciais preponderantes; os motivos da infração penal não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias justificam a exasperação da pena-base, isso porque ficou bem contextualizado dos autos que o acusado mantinha na residência de sua ex-convivente um ponto habitual de venda de drogas ("boca-de-fumo"), fato este que vulnera a norma penal de forma mais grave, na medida em que torna a disseminação de drogas mais fácil e ágil, porquanto os usuários em potencial passam a possuir um ponto de referência onde podem facilmente adquirir entorpecentes, cuja informação de sua localidade (boca-de-fumo) é passada de usuário para usuário, multiplicando, assim, as chances de atingir a saúde de maior número de pessoas; já as conseqüências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime.

De outra banda, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a natureza do entorpecente deve prejudicar o acusado, porquanto trata-se de cocaína, droga com alta carga de dependência e que ataca de forma mais grave o bem jurídico tutelado pela norma penal (saúde); a quantidade da substância entorpecente apreendida, por outro lado, embora suficiente para a caracterização do tráfico, não justifica acréscimo; a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem, ainda, elementos suficientes para se definir a personalidade da agente.

Assim sendo, tudo supra sopesado hei por bem fixar as penas de referência um pouco acima de seus respectivos mínimos legais, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que faço mais precisamente em 07 (sete) anos. 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 720 (setecentos e vinte) dias-multa, fixando como parâmetro de valor das circunstâncias judiciais desfavoráveis (circunstâncias e natureza da droga) a divisão da pena média (máxima menos a mínima) pelo número de circunstâncias judiciais abstratamente cominadas pelo legislador penal; no caso da Lei n.º 11.343/06 - nove. (Sentença fls. 254/256)

Nestes termos, denota-se que foram consideradas desfavoráveis ao apelante, na primeira fase da dosimetria, apenas as circunstâncias do delito e a natureza da droga apreendida e assim estabeleceu a pena-base em 7 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, ou seja, 2 anos, 2 meses e 20 dias acima do mínimo legal.

Embora concorde com a avaliação negativa da circunstância judicial nos termos fundamentados pelo magistrado, tenho que a elevação restou desproporcional.

É que ainda que nem todas as circunstâncias sejam favoráveis, a pena-base não pode ser fixada de forma exacerbada, vez que deve atender os fins a que se destina (prevenção e repressão) e a majoração excessiva distancia a pena de suas reais finalidades.

Desta forma, primando a proporcionalidade e suficiência da reprimenda, fixo a pena-base em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, que a torno definitiva, diante da ausência de circunstâncias modificativas. (Acórdão fls. 335/336).

Da leitura dos trechos supracitados, observo que não há óbice ao reconhecimento da maior reprovabilidade da conduta, considerando-se, no caso, que as circunstâncias do caso foram mais gravosas, porquanto foi consignado que o paciente mantinha uma "boca de fumo na casa da sua ex-convivente". Não há se falar que essa circunstância é inerente ao tipo do tráfico de drogas.

Ademais, além das circunstâncias do crime terem sido consideradas desfavoráveis, a natureza da droga – cocaína – também autoriza a exasperação da pena-base. É cediço que na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. I - A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza e quantidade do entorpecente apreendido (crack), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. II - Outrossim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (Precedentes). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 605.512/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016).

Assim, não vislumbro constrangimento ilegal na fixação da pena-base no patamar de 6 anos, tendo em vista que a exasperação decorreu da maior gravidade da conduta - circunstâncias do crime e natureza da droga.

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue o que foi consignado pela Corte *a quo* quando julgada a apelação (fls. 336/337):

Registro que resta inaplicável a causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, porquanto, conforme exposto pelo magistrado da instância singela, o acusado não faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, isso porque restou bem delineado que o mesmo, juntamente com Conceição Aparecida, mantinha um ponto habitual de venda de drogas ("boca-de fumo"), razão pela qual é de rigor concluir que se dedicava com habitualidade à prática do ilícito ora em tela, tanto que o usuário Paulo Henrique relatou expressamente que já havia adquirido drogas em outras oportunidades com o acusado no mesmo local. Essa habitualidade exigida na norma, ao contrário do que se possa imaginar, não pressupõe formal antecedente.

Registro que a a causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 é aplicável aqueles que preencham todos os requisitos previstos, ou seja, aos agentes primários, de bons antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a toda evidência, o apelante mantinha um ponto de venda de drogas, dedicando-se com habitualidade à prática do tráfico de drogas, tanto é que o usuário Paulo Henrique afirmou que não era a primeira vez que havia adquirido droga.

Logo, inaplicável a causa de diminuição de pena do § 4º, art. 33, da

11.343/06, em favor do apelante.

Portanto, extrai-se que o Tribunal *a quo* formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava reiteradamente à prática criminosa. Dessa forma, alterar esse entendimento demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.(...) 3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. 4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. 5. É firme a jurisprudência desta Corte em não aplicar aquele redutor aos réus também condenados pelo crime de associação para o tráfico de drogas, como no caso (HC 219.621/TO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015, e HC 273.816/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 25/11/2013). 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. 2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. 3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus. (...) 8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

Em relação ao regime, como é cediço, 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 presente caso, assim foi consignado pelo Tribunal *a quo* para fixar o regime mais gravoso:

Assim, consoante orientação da Corte Suprema, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, conforme a hipótese.

In casu, incidem as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea "b", e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que " o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto" e que "[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Destarte, tratando-se de apelante condenado à sanção definitiva de 6 (seis) anos de reclusão, deverá iniciar o cumprimento da pena imposta no regime fechado, haja vista que as circunstâncias do crime e a natureza da droga pesaram em seu desfavor.

No caso, deve ser mantido o regime fechado, pois o acórdão recorrido destacou que, presente circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (6 anos de reclusão), em razão das circunstâncias do crime e da natureza da droga apreendida, elementos concretos que recomendam o regime mais gravoso, para a prevenção e repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

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

3. As instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante se dedicava às atividades criminosas, de forma que, para afastar tal premissa, seria imprescindível o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em sede de habeas corpus.

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida, à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0085549-1

HC 321.301 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00233046420138120001 00640224020128120001 233046420138120001 5392012
640224020128120001

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: REGINALDO ROSA PORTO (PRESO)
CORRÉU	: CONCEICAO APARECIDA DE ARRUDA PINTO

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

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