



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 466.524 - MS (2018/0220946-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : GEOVANE MARQUES DA ROSA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. RECONHECIMENTO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO POR PRIVATIVA DE LIBERDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso cabível, entendimento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que o juiz, na fixação das penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Na hipótese em apreço, a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal encontra-se devidamente justificada e proporcional às especificidades do caso versado, diante da expressiva quantidade de tóxicos apreendidos.

4. O art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, juntamente com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, elencam os requisitos exigidos para o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, os quais constam a primariedade, a existência de bons antecedentes e a não participação em organização criminosa.

5. Reconhecida a participação do acusado em organização criminosa, na qualidade de transportador da droga, resta impossibilitada a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Em que pese não se desconhecer o entendimento firmado pela Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime fechado para execução das penas aplicadas aos delitos hediondos, no crime de tráfico de drogas, ao ser fixado o modo de cumprimento da reprimenda, o magistrado deve estar atento não só às circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do CP, como também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a possibilidade de menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente como fundamento para a aplicação de regime mais gravoso.

7. Este Sodalício entende inexistir qualquer irregularidade quando o julgador, mediante decisão fundamentada, estabelece, para a punição do delito de tráfico de drogas, regime mais gravoso do que o previsto para o *quantum* da pena fixada, motivando suas conclusões na quantidade e na natureza da substância entorpecente apreendida. Precedentes.

8. Em relação à pretendida substituição da pena, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direito foi indeferida pelo Tribunal impetrado, diante do não preenchimento do requisito legalmente exigido, previsto no art. 44 do Código Penal. De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

9. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 466.524 - MS (2018/0220946-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : GEOVANE MARQUES DA ROSA (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 JORGE MUSSI: Cuida-se de agravo regimental interposto por GEOVANE MARQUES DA ROSA contra decisão singular desta relatoria (e-STJ fls. 718-728), que não conheceu do *habeas corpus* interposto, em virtude da inexistência de constrangimento ilegal passível de ser sanado na via estreita do presente *writ*.

Em suas razões recursais, sustenta o agravante que a quantidade e a nocividade da droga apreendida não constitui fundamento idôneo para o recrudesimento da pena-base em 2 (dois) anos de reclusão.

Afirma que a aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas merece ser melhor analisada pelo órgão colegiado desta Corte Superior, sobretudo diante da ausência de elementos que demonstrem a participação do agravante em organização criminosa.

Assevera que *o óbice para o não reconhecimento do tráfico privilegiado se pautou na mera PRESUNÇÃO da integração à organização criminosa* (e-STJ fl. 748), até porque o réu é primário e portador de bons antecedentes, tendo sido, inclusive, absolvido do crime de associação criminosa.

Por fim, pugna pela reconsideração da decisão agravada ou a submissão da insurgência ao Colegiado.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 466.524 - MS (2018/0220946-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Ressai das razões recursais que o agravante reprisa os argumentos deduzidos no presente *writ* para fazer prevalecer a tese acerca da existência de flagrante ilegalidade hábil a justificar a concessão da ordem.

Todavia, os argumentos delineados no presente recurso não têm o condão de ensejar a alteração da decisão ora impugnada.

Consta dos autos que o ora agravante foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/06, pois foi flagrado, juntamente com terceira pessoa, transportando 27,315kg (vinte e sete quilos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trezentos e quinze gramas) de cocaína (e-STJ fls. 27-30).

Recebida a denúncia e devidamente processada, o agravante foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções dos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06 (e-STJ fls. 629).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso da defesa, a fim de absolver o réu do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, redimensionando sua reprimenda para 7 (sete) anos de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, perante este Superior Tribunal de Justiça, alegando constrangimento ilegal na pena-base estabelecida acima do mínimo legal, bem como a possibilidade de incidência da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, além do cabimento de regime prisional menos gravoso para início do cumprimento da sanção.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 666-667.

Informações às e-STJ fls. 673-685 e fls. 689-700.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 702-715, opinou pela denegação da ordem.

Em decisão monocrática, esta relatoria indeferiu o *mandamus*, por constatar a ausência de constrangimento ilegal tanto na majoração da pena-base, como no indeferimento da incidência do tráfico privilegiado, bem assim na imposição do regime fechado de cumprimento de pena.

Irresignado, busca o recorrente a reforma da decisão.

Fixadas essas premissas, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência do impetrante contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso cabível, entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. SEGREGAÇÃO MANTIDA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS. PREJUDICIAL AFASTADA. MOTIVAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. RISCO DE REITERAÇÃO. RÉU REINCIDENTE. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SEGREGAÇÃO PRESERVADA. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR AO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM, NO ENTANTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para determinar que o paciente aguarde o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante (o semiaberto), salvo se por outro motivo estiver preso.

(HC 352.742/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ARTS. 121, § 2º, I; 180 E 307 TODOS DO CP; 16 DA LEI 10.826/03; 33 E 35, AMBOS DA LEI 11.343/06. NULIDADE DA INTIMAÇÃO POR EDITAL. REVELIA. JULGAMENTO REALIZADO SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. NULIDADE AFASTADA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DA PRISÃO NOS AUTOS DE ORIGEM. RÉU PRESO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. REALIZAÇÃO DE VÁRIAS TENTATIVAS PARA LOCALIZAR O PACIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não há falar-se em vício na intimação da decisão de pronúncia, pois, além de inexistir nos autos com trâmite no Juízo de Itapema/SC qualquer informação da sua prisão no Estado do Paraná, a Súmula 351 do STF refere-se somente a nulidade da citação editalícia de réu preso na mesma Unidade da Federação em que o Juiz exerce sua jurisdição.

3. De acordo com o entendimento sedimentado nesta Corte Superior, é certo que depois de efetuadas todas as diligências necessárias para localização do ora recorrente, cabível a intimação por edital.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 363.156/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016)

Não obstante tal realidade, o alegado constrangimento ilegal foi analisado, a fim de se verificar a possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juiz, na fixação das penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *verbis*:

Art. 42. 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.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ESPECIAL GRAVIDADE. PROPORCIONALIDADE E DISCRICIONARIEDADE. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, considerar-se-á na fixação das penas, 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 (art. 42 da Lei 11.343/2006).

2. Ainda que presente apenas uma circunstância negativa, sua especial gravidade em concreto, na espécie, a quantidade e natureza da droga apreendida - 19,100 kg (dezenove quilos e cem gramas) de cocaína -, justifica a exasperação da reprimenda básica de 2 anos e 6 meses acima do mínimo legal, pois, consoante orientação jurisprudencial deste STJ, A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 444.036/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS. [...]. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

III - No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes teve por fundamento a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, revelando-se justificado e proporcional o incremento da pena na fração de 1/6.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 428.806/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/03/2018)

No caso posto, verifica-se que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (**27,315 kg de cocaína** - e-STJ fl. 28), o que resultou na elevação da pena em 2 (dois) anos acima do mínimo legal.

Por oportuno, transcrevo o seguinte excerto extraído do voto condutor do acórdão ora impugnado:

Ao fixar a pena-base, o juiz expôs o seguinte:

"A culpabilidade do(a) Réu(Ré) se revela normal para esse tipo de delito. Não apresenta antecedentes capazes de exasperar a pena. Sua conduta social está atrelada ao crime de associação para o tráfico, e portanto, considerá-la aqui para aumentar a pena configuraria, na visão deste magistrado, bis in idem, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio. Não há nos autos elementos suficientes para uma análise mais aprofundada de sua personalidade. Com a prática do crime pretendia ganhar dinheiro fácil, sendo este o motivo que o levou à senda criminoso. Tal, porém, é incapaz de exasperar a pena, porque faz parte do próprio tipo penal. As circunstâncias do crime também não revelam qualquer particularidade mais grave. Por fim, as consequências do crime não lhe prejudicam, especialmente porque a droga foi apreendida pelos policiais. Feitas tais ponderações, e com norte nas diretrizes estabelecidas no artigo 42 da lei de regência, em especial a grande quantidade de droga apreendida e a sua natureza (cocaína), fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data do fato."

Após detida análise das lúcidas razões jurídicas ventiladas na sentença e, confrontando-as à luz das peculiaridades do caso, é possível concluir a fixação da pena-base do réu está devidamente fundamentada, de modo que foram expostos os elementos fáticos existentes no caso concreto que dão respaldo à conclusão judicial, não havendo, portanto, nenhuma razão jurídica apta a ensejar a redução dessa pena em qualquer de seus termos.

De outro lado, reputo adequado o "quantum" de exasperação da pena em virtude de cada uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis, estando sintonizado aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, todos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intrínsecos ao princípio da individualização da pena, que é de observância obrigatória na dosimetria penal (e-STJ fl. 642).

Depreende-se do teor da fundamentação acima transcrita que o juízo sentenciante considerou desfavorável a quantidade e a qualidade da droga apreendida em poder do réu, fundamento suficiente para justificar o agravamento da sanção penal na primeira fase da dosimetria da pena, considerando a preponderância prevista no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Tal entendimento foi ratificado pelo Tribunal de origem, cujos fundamentos se encontram em harmonia com o entendimento desta Corte Superior.

De outro vértice, impende consignar que o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, juntamente com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, elencam os requisitos exigidos para o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, os quais constam a primariedade, a existência de bons antecedentes e a não participação em organização criminosa.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o Tribunal Regional entendeu pela inaplicabilidade do tráfico privilegiado, porquanto pela análise do contexto probatório, a dinâmica delituosa indicaria a integração do acusado em organização criminosa.

Veja-se:

[...]

Com relação aos dois primeiros requisitos estampados no dispositivo legal ora examinado (primariedade e bons antecedentes), estes se submetem a uma avaliação estritamente objetiva, pois basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos.

Por outro lado, no tocante aos últimos requisitos, a análise deve ser mais criteriosa e envolve uma apreciação subjetiva do magistrado que, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, deverá concluir se o agente é "dedicado às atividades criminosas" e se "integra organização criminosa".

Primeiramente, deve ser reconhecido que a finalidade do legislador, ao inserir a causa de diminuição prevista no § 3º do art. 33 da Lei de Drogas, foi evitar que a punição severa aplicada, de modo geral, aos traficantes de drogas, alcançasse pessoas sérias, que se dedicam à atividade lícita, mas que por um inconveniente da vida ou por um ato de desespero, cometeram um delito isolado (eventual), em completa contradição à conduta social que sempre mantiveram anteriormente.

[...]

Portanto, para avaliar se é cabível a aplicação dessa causa de diminuição da pena, é necessário analisar as circunstâncias em que o crime de tráfico de drogas se desenvolveu, isto é, se ele foi realizado de forma isolada, eventual, ou em um contexto de habitualidade. Em síntese, deve ficar demonstrado que o crime de tráfico de drogas representou 'um ponto fora da curva' na vida do agente, um erro que contradiz o seu estilo de vida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso particular, da análise do contexto probatório, é possível observar que, à despeito dos bons antecedentes e da primariedade do réu, 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 réu foi contratado por pessoa desconhecida, cuja identidade não se declinou, para transportar drogas da cidade de Ponta Porã/MS até o município de Dourados/MS. O réu contou com respaldo financeiro proporcionado pelo contratante, o qual custeou todas as despesas da viagem, fornecendo um veículo especialmente preparado para essa finalidade. O réu ainda teria contato com uma terceira pessoa no destino final da droga, a qual seria a responsável pelo recebimento da carga.

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 com ramificações em mais de um Estado da Federação.

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, principalmente pelo alto custo financeiro que gira em torno dessas atividades ilícitas, situação que corrobora ainda mais a conclusão de que o denunciado 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 '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, que assumem a qualidade de 'mula', ao alto escalão do tráfico de drogas, devendo receber resposta penal à altura da gravidade de seu nefasto comportamento (e-STJ fls. 646-647).

Como visto, o Tribunal *a quo* indeferiu a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, por entender pelo envolvimento articulado do agente com organização criminosa voltada à traficância e, para tanto, indicou elementos concretos extraídos dos autos.

Tais circunstâncias são suficientes para afastar a benesse pretendida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não havendo falar em inidoneidade dos fundamentos adotados no acórdão recorrido e, pois, em violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Com relação ao regime de cumprimento da pena, a Corte originária, baseada nas circunstâncias fáticas inseridas nos autos constatou que a manutenção do regime fechado para o cumprimento da pena imposta ao agravante se mostrava mais adequada ao processo de recuperação do acusado.

Acerca do tema, é necessário frisar que, em que pese não se desconhecer o entendimento firmado pela Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime fechado para execução das penas aplicadas aos delitos hediondos, no crime de tráfico de drogas, ao ser fixado o modo de cumprimento da reprimenda, o magistrado deve estar atento não só às circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do CP, como também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a possibilidade de menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente como fundamento para a aplicação de regime mais gravoso.

Diante do exposto, constata-se inexistir qualquer irregularidade, pois a fundamentação aplicada para justificar a fixação do regime fechado ao caso do paciente está em estreita consonância com a jurisprudência vigente nesta Corte Superior, a qual considera plausível a utilização da quantidade e da natureza da droga apreendida, bem como os demais elementos desabonadores da conduta do acusado, como fatores suficientes para aplicação do regime mais gravoso para a execução da pena.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes oriundos de julgados proferidos por esta Quinta Turma:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA TOTAL SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º 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.

3. Sedimentou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderante, da natureza e quantidade da droga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese dos autos, não evidencio a existência de flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Ademais, a grande quantidade de droga apreendida - 50.777 gramas de maconha e 0,8 gramas de ecstasy -, utilizada na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, justifica a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 429.542/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 16/03/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO E SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente 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.

3. A valoração negativa da quantidade e a natureza dos entorpecentes constituem fatores suficientes para a determinação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Precedentes.

4. No caso, em que pese o paciente seja primário e a condenação seja superior a 4 e não exceda 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado possui lastro em circunstância idônea e suficiente, qual seja, a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 419.097/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018)

Finalmente, em relação à pretendida substituição da pena, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direito foi indeferida pelo Tribunal impetrado, no julgamento do recurso de Apelação, diante do não preenchimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisito legalmente exigido, previsto no art. 44 do Código Penal (e-STJ fls. 651-652).

De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. A quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

(HC 364.292/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048.

(HC 356.550/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016)

Conclui-se, portanto, que o agravante não trouxe novos argumentos capazes de modificar a decisão agravada, estando o *decisum* em conformidade com a jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0220946-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 466.524 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021914420158120014 14370262201681200000 21914420158120014

EM MESA

JULGADO: 20/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

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 : GEOVANE MARQUES DA ROSA (PRESO)
CORRÉU : PRISCILA VALDEZ SILVA

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 : GEOVANE MARQUES DA ROSA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.