



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564.467 - MS (2020/0052553-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : EMIDIO ARGUELHO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
FRANCISCO CARLOS BARIANI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em que pese a pena ter sido fixada em patamar inferior a 4 inferior de reclusão, constatando-se que a condenação se deu em razão da apreensão de grande quantidade de entorpecentes (10,5kg de maconha), não faz jus o réu ao regime mais brando, restando, devidamente, justificada a imposição do regime semiaberto.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564.467 - MS (2020/0052553-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : EMIDIO ARGUELHO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
FRANCISCO CARLOS BARIANI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por EMIDIO ARGUELHO em face de decisão (fls. 348-351) que denegou o *habeas corpus*.

Nas suas razões, reitera a defesa ausência de fundamentação idônea para aplicação do regime mais gravoso, principalmente tendo-se em conta a pena aplicada ao recorrente, requerendo, pois, a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do presente agravo ao Órgão Colegiado, a fim de que seja dado provimento para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena corporal por restritivas de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564.467 - MS (2020/0052553-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Alega o agravante ausência de fundamentos para a imposição do regime semiaberto, mais rigoroso diante do *quantum* de pena aplicado, requerendo o provimento do recurso para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas.

A decisão agravada restou assim fundamentada (fls. 348-351):

Conforme relatado, a impetrante requer, em suma, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob o argumento de ausência de fundamentação idônea para aplicação do regime mais gravoso, sobretudo porque foi reconhecida a condição de "mula" do paciente.

Quanto ao regime prisional, assim constou do acórdão da apelação (fl. 316):

Revela-se descabível o abrandamento do regime prisional, eis que a quantidade elevada de droga apreendida – 10 kg (dez quilos) de maconha– demonstram que a manutenção do regime inicial semiaberto é o mais adequado à prevenção e reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

De outro turno, a mera imposição de penas restritivas de direito, no caso, considerando tratar-se de tráfico de substância entorpecente em significativa quantidade (art. 42 da Lei de Drogas), não se revela adequada à gravidade e censurabilidade da conduta no caso concreto, sendo inconcebível a substituição almejada, diante da ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Como se vê, o Tribunal de origem manteve o regime semiaberto, embora a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, bem como negou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, em razão da grande quantidade de droga apreendida, 10kg de maconha.

Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI n. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO COM BASE APENAS NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE QUE ATUOU COMO MULA DO TRÁFICO. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DO REDUTOR. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL. DESVALOR ATRIBUÍDO À QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE RECRUDESCIMENTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.
3. O fundamento utilizado pela Corte local para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não se tratava de traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ele se dedicava a atividades criminosas ou mesmo que integrasse organização criminosa.
4. Embora a quantidade dos entorpecentes apreendidos seja parâmetro idôneo para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, esta Corte vem decidindo que tal circunstância, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se dissociada de outros elementos de prova para atestar a dedicação do apenado a atividades criminosas ou o fato de que ele integraria organização criminosa.
5. No mesmo sentido, são os precedentes do Pretório Excelso, que firmam a possibilidade, em tese, de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de 'mula do tráfico'.
6. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a atuação no transporte de entorpecente, ainda que em grande quantidade, não patenteia, de modo automático, a adesão estável e permanente do apenado à estrutura de organização criminosa ou a sua dedicação à atividade delitiva. Precedentes.
7. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
8. A partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.
9. Ademais, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.
10. A valoração negativa da quantidade e da natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos.
11. Na espécie, a expressiva quantidade da droga apreendida apenas justifica o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime intermediário, na medida em que o paciente é primário e a condenação foi reduzida para patamar que não excede 4 anos de reclusão.

12. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer o privilégio e reduzir a pena do paciente, além de alterar o regime prisional para inicial semiaberto.

(HC 492.885/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 30/04/2019)

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Como se vê, para a fixação do regime semiaberto foi utilizada fundamentação baseada no caso concreto – natureza e quantidade da droga apreendida (10,5kg de maconha; fl. 17) –, circunstância específica que se mostra idônea e suficiente para justificar o regime mais gravoso, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c os arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem manteve a incidência da fração em 1/2, apenas, para não incorrer em reformatio in pejus, tendo em vista que, motivadamente, concluiu pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes - preso em flagrante com 2.689 porções de cocaína e 2 grandes porções do mesmo tóxico, embaladas em sacos transparentes, com peso líquido total de 1.109, 57g -, levando-se em conta a grande quantidade das drogas apreendidas e os apetrechos para o comércio ilícito encontrados com o réu.

3. Embora o recorrente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

4. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da quantidade das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).

5. Agravo desprovido. (AgInt no AREsp 1238131/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. TESE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (ANOS). PRIMARIEDADE RECONHECIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "C", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL, C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME ADEQUADO, NA HIPÓTESE, É O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual 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 questão atinente à detração do tempo de prisão cautelar não foi apreciada pelo Tribunal a quo, ficando esta Corte impedida de apreciar o tema sob pena de incidir em indesejada supressão de instância. Precedentes.

3. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Por outro lado, esta Corte Superior firmou 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.

4. No caso dos autos, embora o paciente seja primário, diante da presença de circunstância judicial desfavorável, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da grande quantidade de droga apreendida (1.501,05 g de cocaína). Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial adequado, na hipótese, é o semiaberto, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, em razão da falta de preenchimento do requisito subjetivo (art. 44, inciso III, do Código Penal), sobretudo diante da presença de circunstância judicial desfavorável pela grande quantidade e natureza da droga apreendida (1.501,05 g de cocaína).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena. (HC 442.834/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 14/08/2018.)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0052553-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 564.467 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047678720188120019 00053065320188120019 082018001842043 47678720188120019
53065320188120019 82018001842043

EM MESA

JULGADO: 19/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
FRANCISCO CARLOS BARIANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EMIDIO ARGUELHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 : EMIDIO ARGUELHO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
FRANCISCO CARLOS BARIANI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.