



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 864374 - MS (2023/0389393-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : ANDRE SANTANA MOREIRA (PRESO)
ADVOGADOS : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO - SP331639
ÉMERSON SANTANA - SP437875
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AGENTE QUE ATUOU COMO MULA DO TRÁFICO. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES LÍCITAS. CONFISSÃO. APLICAÇÃO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÍNIMA. PRECEDENTES DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. 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.
2. O fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não era traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ele se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa.
3. Entretanto, precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal confirmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da quantidade de droga apreendida, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico.
4. No caso, inexistente óbice à aplicação da referida causa de diminuição, especialmente se considerado que ficou demonstrado nos autos, inclusive pela confissão espontânea, que o paciente fora contratado para

transportar a droga, o que caracteriza da função de mula do tráfico. Ademais, é primário e possuidor de bons antecedentes, bem como demonstrou exercer atividades laborais lícitas.

5. Fora aplicado, na decisão agravada, o redutor de pena na fração mínima, pois *embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o réu faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez que se reveste de maior gravidade (AgRg no AREsp n. 2.546.520/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024).*

6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime prisional inicialmente fechado, ante a fixação da pena reclusiva superior a 4 e inferior a 8 anos, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 11 de junho de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 864374 - MS (2023/0389393-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **ANDRE SANTANA MOREIRA (PRESO)**
ADVOGADOS : **VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO - SP331639**
ÉMERSON SANTANA - SP437875
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AGENTE QUE ATUOU COMO MULA DO TRÁFICO. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES LÍCITAS. CONFISSÃO. APLICAÇÃO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÍNIMA. PRECEDENTES DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. 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.

2. O fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não era traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ele se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

3. Entretanto, precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal confirmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da quantidade de droga apreendida, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico.

4. No caso, inexistente óbice à aplicação da referida causa de diminuição, especialmente se considerado que ficou demonstrado nos autos, inclusive pela confissão espontânea, que o paciente fora contratado para

transportar a droga, o que caracteriza da função de mula do tráfico. Ademais, é primário e possuidor de bons antecedentes, bem como demonstrou exercer atividades laborais lícitas.

5. Fora aplicado, na decisão agravada, o redutor de pena na fração mínima, pois *embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o réu faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez que se reveste de maior gravidade (AgRg no AREsp n. 2.546.520/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024).*

6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime prisional inicialmente fechado, ante a fixação da pena reclusiva superior a 4 e inferior a 8 anos, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a decisão de minha lavra, pela qual não conheci do *habeas corpus*, mas **concedi a ordem**, de ofício, apenas para aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração mínima, de forma a reduzir a **pena fixada ao paciente a 7 anos, 6 meses e 8 dias de reclusão, e 693 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação, inclusive no que se refere ao regime prisional inicialmente fechado.**

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo juízo singular, às penas de 10 anos de reclusão, em regime prisional inicialmente fechado, e 1.082 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação, a Corte local negou provimento ao recurso.

No *writ*, o impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto faz jus à aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, uma vez que atuou na condição de mula do tráfico e, portanto, não integra organização ou se dedica a atividades criminosas. Enfatiza a defesa a primariedade do paciente, bem como o fato de haver provas nos autos de que sempre exerceu ocupação lícita.

Uma vez reduzida a pena, aponta que o paciente faz jus à fixação de regime prisional inicialmente aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a concessão da ordem para que

seja reconhecido o tráfico privilegiado, bem como seja aplicado regime prisional aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A impetração não foi conhecida, mas foi concedida a ordem de ofício apenas para aplicar a causa de diminuição de pena, a qual deve ser aplicada aos casos em que o paciente é considerado mula do tráfico, nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Neste agravo regimental, o representante do Ministério Público Estadual insurge-se contra a aplicação do aludido redutor de pena, ao fundamento de que não foram observados os critérios previstos no art. 68 do Código Penal, quando da realização da dosimetria da pena, além de asseverar que *restou comprovada a participação efetiva do réu em organização criminosa e, com isso, a ausência dos pressupostos elencados no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006* (e-STJ fl. 417).

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou a remessa do feito para julgamento pelo Colegiado da Quinta Turma desta Corte.

É o relatório.

VOTO

A despeito das ponderadas considerações do representante do Ministério Público Estadual, os fundamentos da decisão permanecem incólumes.

Na decisão agravada destaquei que, para a 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.

Na espécie, não foi reconhecido o privilégio, aos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 34):

O apelante, em juízo (f. 178), afirmou ser motorista e que estava desempregado, tendo recebido a última parcela do seu seguro-desemprego, sendo, ainda, que seu pai havia falecido, bem como, sua mãe e irmã perderam dinheiro em negócio de bitcoin. Expôs que aceitou a proposta do transporte da droga, sendo que carregou o caminhão com ferro em Ribas do Rio Pardo-MS e retornou para Campo Grande-MS, onde deixou o caminhão trancado, com chave para ser colocada a droga. Relatou que depois pegou o caminhão com a droga com a orientação para seguir para São Paulo, sendo que receberia instruções do local onde deixaria a droga

Verifica-se, portanto, da leitura do acórdão impugnado, que se trata de paciente contratado para atuar na condição de mula do tráfico, transportando drogas para terceiros.

Em situações assim, nas quais o agente é primário, apresenta bons antecedentes, tem ocupação lícita e é considerado mula do tráfico, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que a quantidade de drogas, por si só, ou o contato esporádico do paciente com a organização, como demonstrado no caso dos autos, não indica a integração ou a dedicação a atividades criminosas, tornando possível a aplicação do benefício.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO DE 1/6. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, 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. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração 1/6 e afastar a equiparação da conduta à crime hediondo.

2. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatório. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

3. 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.

4. 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 era 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.

5. 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.

6. No mesmo sentido, são os precedentes do Supremo Tribunal Federal, 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.
7. Em verdade, o STF 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.
8. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 517.674/MS, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 04/11/2019).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MULA. ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006 CONCEDIDA EM 1/6 (UM SEXTO). CONTRIBUIÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao tema, este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 101.265/SP, Rel. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 6/8/2012, firmou o entendimento no sentido de que o simples fato de o agente atuar como mula do tráfico de drogas é indicativo de que compõe organização criminosa, de forma que tal premissa, por si só, seria suficiente para afastar, em sua totalidade, o benefício de redução pleiteado. Razão pela qual não haveria ilegalidade na escolha do quantum aplicado, visto que sequer deveria ter sido concedida a benesse.
2. O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria é no sentido de que a simples atuação como "mula", por si só, não induz que o paciente integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até porque pode se tratar de recrutamento único e eventual. (Precedentes.)
3. Firmou-se também no Pretório Excelso que a atuação da recorrente na condição de "mula", embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, é considerada circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, por ter conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional.
4. No caso, considerando que o recorrente conscientemente atuou em favor da organização criminosa, aplico o referido redutor na fração de 1/6 (um sexto).
5. Não há falar em dupla valoração de circunstância judicial, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal. Ademais, tem-se que: "é inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal." (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016.)
6. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 606.431/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente, proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MULA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão ad quem, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo quanto a tal recurso de fundamentação vinculada. Salvo hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inadmissível o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Para verificar a adequação da causa de diminuição ao caso concreto, indispensável observar tanto as condições individuais do agente quanto as da conduta em concreto praticada, de todo incabível a concessão do benefício em caso de reincidência, maus antecedentes, dedicação a atividades criminosas ou participação em grupo destinado a esse fim.

3. A jurisprudência desta Suprema Corte é no sentido de que ‘o exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga’, porquanto ‘descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa’ (HC 124.107/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 24.11.2014).

4. Na hipótese, proporcional e razoável a fixação da minorante no patamar de 2/3 (dois terços), considerada a inexistência de circunstância ou fato desabonador ensejador de aplicação de fração menor. Precedentes: HC 132.459/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, votação unânime, DJe 13.02.2017; HC 131.918/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, votação unânime, DJe 02.3.2016; e HC 123.534/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, votação unânime, DJe 10.10.2014.

5. Observados os parâmetros estabelecidos no HC 97.256/RS e no HC 111.840/ES desta Suprema Corte e consideradas a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar de 2/3 (dois) terços e “a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis”, possível a fixação de regime prisional mais brando – aberto –, e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

6. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício da ordem, para determinar que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região proceda a nova dosimetria da pena, mediante a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 2/3 (dois terços), e reexamine, se o caso, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC 129449, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 27-04-2017 PUBLIC 28-04-2017).

No caso, como acima destacado, não se justifica o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto o paciente estava em situação que

caracteriza a atividade de *mula do tráfico*, além de terem sido preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, ante sua primariedade, a ausência de maus antecedentes e de indicação de dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa.

Como ficou bem delineado nos autos, inclusive pela confissão espontânea do paciente, trata-se de motorista de caminhão, paciente primário e que sempre exerceu atividade lícita, mas que se encontrava em situação de dívidas e aceitou realizar o transporte dos entorpecentes, elementos que justificam a aplicação do redutor de pena, como visto.

De outro lado, as circunstâncias do delito, o qual envolveu a ocultação da droga e a colaboração com outros traficantes, quando da remessa da droga, **são elementos que indicam o especial desvalor e a gravidade da conduta praticada pelo paciente, de forma que deve incidir no caso o redutor na fração mínima de 1/6, tendo em vista o fato de o paciente, na condição de mula, estar claramente contribuindo com o tráfico organizado** (nesse sentido: AgRg no AREsp n. 606.431/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 01/6/2017, DJe 9/6/2017).

Ainda nesse sentido, destaco recentes julgados de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM PATAMAR MÍNIMO. CONDIÇÃO DE MULA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Juízo sentenciante, atado à discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.

Tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas, deve considerar, ainda, de forma preponderante, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Nos autos em exame, considerando a quantidade da substância apreendida, que constitui elemento preponderante a ser considerado na dosimetria da reprimenda, mostra-se suficiente o aumento na pena-base realizado pela Corte de origem.

3. No que tange ao quantum de redução de pena pela minorante do tráfico, faço lembrar que tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena, devem ser orientadoras do cálculo da minorante as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

4. A redução de 1/6 é a adequada ao caso concreto, pois se trata de réu que desempenhou papel importante na cadeia delitiva de distribuição das drogas destinada ao tráfico internacional.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 876.369/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/5/2024, DJe de 3/6/2024.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DE FUNDADAS RAZÕES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNÇÃO DE "MULA" DO TRÁFICO. COLABORAÇÃO COM O CRIME ORGANIZAÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social, motivos que, obviamente, conduziriam à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso.

2. Na hipótese, o policial federal responsável pela abordagem consignou que o réu chamou sua atenção por estar usando agasalho, em dia que a temperatura estava muito elevada, destoando das demais pessoas no local que usavam roupas leves. A propósito, o próprio réu "à indagação do magistrado que presidia à audiência sobre se era verdade que sua aparência chamava a atenção por causa da vestimenta, destoante das dos demais passageiros, respondeu afirmativamente, pois de fato usava um casaco no dia".

3. A teor 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 integrem organizações criminosas.

4. A jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, no sentido de que a simples atuação do agente como "mula", por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso. Contudo, embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o réu faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez que se reveste de maior gravidade.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.546.520/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024.)

Assim, ao realizar a nova dosimetria da pena, manteve os parâmetros utilizados pelas instâncias de origem na fixação da pena-base, qual seja, em 6 anos e 6 meses de reclusão, e 600 dias-multa.

Na segunda fase, ante a incidência da atenuante da confissão espontânea, a qual já fora reconhecida pelas instâncias ordinárias, apliquei, de ofício, o

entendimento firmado nesta Corte no sentido de que é razoável a redução da pena, pela aplicação de atenuantes, no patamar de 1/6 (nesse sentido: HC n. 398.362/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 26/3/2018; AgRg no AREsp 259.514/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 6/8/2013, DJe 20/8/2013; HC n. 186.769/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 22/5/2012, DJe 12/6/2012), o que resultou em uma pena intermediária de 5 anos e 5 meses de reclusão, e 500 dias-multa, superior, portanto, ao mínimo legal, em observância ao entendimento firmado no enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

Na terceira fase, seguindo a ordem expressa no art. 68 do Código Penal, procedi à diminuição da pena, ante a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4, da Lei n. 11.343/2006, na fração mínima de 1/6, o que resultou em uma pena de 4 anos, 6 meses e 5 dias de reclusão, e 416 dias-multa.

Mantida a fração de 2/3 de aumento de pena, aplicada pelas instâncias de origem, pela incidência do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, a pena definitiva resultou em **7 anos, 6 meses e 8 dias de reclusão, e 693 dias-multa.**

Quanto ao regime inicial, a quantidade do entorpecente apreendido, a qual foi sopesada na primeira fase da dosimetria, **justifica a fixação do regime fechado,** na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e da jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE PREPARADO. CRIME IMPOSSÍVEL E PROVA ILÍCITA. TESES NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CORRÉUS NAS MESMAS CONDIÇÕES FÁTICAS E SUBJETIVAS. APREENSÃO DE APROXIMADAMENTE 9 KG DE COCAÍNA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA VALORADA EM MAIS DE UMA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE QUE INTEGRASSE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REDUTORA NA FRAÇÃO DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DO AGENTE SEMELHANTE A DE 'MULA' DO TRÁFICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- 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.

- A defesa sustenta que o processo criminal baseou-se em flagrante preparado, sendo caso de crime impossível. Subsidiariamente, alega que toda a prova decorrente deste flagrante provocado seria ilegal.

- Verifica-se, de plano, que a Corte estadual não se pronunciou acerca de nenhuma das duas teses (fls. 25/30, 31/46 e 715/721), de maneira que não poderia este Superior Tribunal de Justiça conhecer, originariamente, das questões, sob pena de supressão de instância.

- É firme o entendimento desta Corte no sentido de que é possível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, desde que os acusados se encontrem na mesma situação fática e subjetiva, sendo desnecessária a repetição de fundamentos idênticos para fins de elevação da pena-base (HC 330.554/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 2/12/2015).

- Esta Corte Superior, na esteira do que firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, simultaneamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

- Embora esta Corte Superior tenha jurisprudência firme no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida servem para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, vem, outrossim, decidindo que a referida vetorial, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, dissociada de outros elementos de prova porventura existentes nos autos, ela não basta para atestar a dedicação do apenado à atividade criminosa ou o fato de que ele integraria organização criminosa.

- No mesmo sentido, são os precedentes do col. 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'.

- 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.

- Assim, no caso, impõe-se a concessão da ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar a redutora do tráfico privilegiado, na fração de 1/6.

- Esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie do entorpecente apreendido podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.

- No caso dos autos, a elevada quantidade de droga apreendida - quase 9kg de cocaína - autoriza uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 466.202/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019).

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o patamar de pena, o qual ultrapassa 4 anos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Por fim, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 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, razão pela qual resulta imperativo o afastamento do caráter hediondo do delito na hipótese dos autos.

Assim, tendo em vista os fundamentos expendidos, *caracterizada a atuação do paciente na condição de mula do tráfico, apliquei ao caso a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal e concedi a ordem, de ofício, apenas para aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração mínima, de forma a reduzir a pena do paciente para 7 anos, 6 meses e 8 dias de reclusão, e 693 dias-multa, sendo mantidos os demais termos da condenação, inclusive no que se refere ao regime prisional inicialmente fechado.*

Ante o exposto, uma vez que a decisão agravada está em consonância com a jurisprudência dominante nesta Corte, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0389393-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 864.374 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 08001471720238120021 20220090105 8001471720238120021

EM MESA

JULGADO: 11/06/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
ÉMERSON SANTANA - SP437875
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRE SANTANA MOREIRA (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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : ANDRE SANTANA MOREIRA (PRESO)
ADVOGADOS : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO - SP331639
ÉMERSON SANTANA - SP437875
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : 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, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.