



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 877534 - MS (2023/0454515-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : FERNANDO VARELLA MOREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
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. APLICAÇÃO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. 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. Precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal confirmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de considerável quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico. Precedentes.

4. No caso, inexistente óbice à aplicação da referida causa de diminuição, especialmente se considerado que ficou demonstrado nos autos que o paciente foi contratado para transportar a droga, o que caracteriza a função de mula do tráfico. Ademais, o paciente é primário e possuidor de bons antecedentes, não sendo possível assegurar que possui a vida voltada ao ilícito.

5. 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 e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 20 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 877534 - MS (2023/0454515-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : FERNANDO VARELLA MOREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
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. APLICAÇÃO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. 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. Precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal confirmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de considerável quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico. Precedentes.

4. No caso, inexistente óbice à aplicação da referida causa de diminuição, especialmente se considerado que ficou demonstrado nos autos que o paciente foi contratado para transportar a droga, o que caracteriza a função de mula do tráfico. Ademais, o paciente é primário e possuidor de bons antecedentes, não sendo possível assegurar que possui a vida voltada ao ilícito.

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, para aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma a reduzir a **pena aplicada ao paciente a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime prisional inicial semiaberto, e 388 dias-multa, devendo ser mantidos os demais termos da condenação.**

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo juízo singular, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime prisional inicialmente fechado, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, 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, uma vez que o paciente não integra organização ou se dedica a atividades criminosas.

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.

Neste agravo regimental, o representante do Ministério Público Estadual insurge-se contra a aplicação do aludido redutor de pena, ao fundamento de que ficou comprovada a efetiva integração do réu a organização criminosa e, com isso, a ausência dos pressupostos elencados no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

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.

Busca o impetrante, em suma, a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como para que seja aplicado regime prisional aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Na decisão agravada destaquei que, como é cediço, 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.

No caso, não foi reconhecido o privilégio, aos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 414/416):

O cerne da controvérsia restringe-se à dosimetria da pena, em sua 3ª (terceira) fase de fixação. Ao afastar a mencionada benesse, a julgadora singular assim justificou (f. 267/270):

"Quanto a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, é necessário o preenchimento cumulativo de quatro requisitos elencados no mencionado dispositivo para a sua aplicação: a) ser o agente primário; b) ostentar bons antecedentes; c) não se dedicar à atividades criminosas e d) não integrar organização criminosa.

Embora o réu seja primário e de bons antecedentes, o modus operandi e as demais circunstâncias do delito indicam que ele integra organização criminosa ou, ao menos, se dedica a atividades criminosas.

As provas indicam que o réu não agiu sozinho na empreitada delitiva, tendo atuado em conjunto com uma equipe previamente definida, cada um desempenhando um tarefa imprescindível para o ingresso da droga no território nacional (por se tratar de região de fronteira) e o seu correlato transporte e distribuição até o destino final.

No caso, a ocultação da droga em compartimentos ocultos do veículo demonstram a sofisticação e profissionalismo daqueles que cooperaram para a prática do delito, evidenciando a habitualidade delitiva.

Além disso, a expressiva quantidade de droga 81 kg de maconha revela que o réu era uma pessoa que gozava de confiança do grupo e que essa atuação não seria possível sem o financiamento e amparo de uma organização criminosa.

Ressalte-se que para a consecução do delito foi necessária a participação de várias pessoas, cada uma com uma função específica: adquirir, receber, armazenar, separar, confeccionar e embalar a droga em porções, preparar o

veículo com as drogas, transportá-las, entregá-las no destino final e prepará-las para distribuição.

Nesse sentido, a atuação conjunta de várias pessoas concorrendo para o sucesso da empreitada criminosa, incluindo a atividade desempenhada pelo réu que participou ativamente da cadeia de ingresso, transporte, disseminação e comercialização de drogas no território nacional, atuando na região de fronteira do Brasil com o Paraguai, indicam a existência de uma organização criminosa, tendo o réu contribuído para que ela pudesse atuar no Estado de Mato Grosso do Sul.

Necessário esclarecer que a dedicação a atividades criminosas não precisa ser exclusiva, de tempo integral e de máxima participação. Pode ser concorrente a outras atividades lícitas.

(...) Pelo exposto, afasto a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06." Como cediço, para a incidência da causa de diminuição relativa à eventualidade, faz-se necessário o preenchimento cumulativo de alguns requisitos, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

In casu, embora primário e de bons antecedentes, é certo que a prova evidencia a participação do acusado, ainda que indiretamente, na "cadeia do crime", o que torna inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Não há que como ser comparado a simples "mula", eis que contratado para transportar considerável quantidade de droga, restando evidente que, se não integra organização criminosa, ao menos colabora com a mesma, causando males incomensuráveis a toda sociedade.

Sabidamente, a referida causa de diminuição visa beneficiar os traficantes de primeira viagem que, seduzidos pela oferta do dinheiro fácil, acabam ingressando na vida criminosa, vez ou outra com pequenas quantidades de droga, capaz de lhe assegurar a própria subsistência, o que não ocorre no caso em tela como já esclarecido.

[...]

Feitas essas considerações, resta claro que o acusado não tem direito à benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O Tribunal *a quo* concluiu que se trata de paciente contratado para atuar na condição de mula do tráfico, transportando considerável quantidade de drogas entre cidades, por automóvel que trafegava em rodovia estadual e que as circunstâncias concretas do caso, especialmente a quantidade de drogas apreendidas, denota a dedicação a atividades criminosas.

Entretanto, em situações assim, nas quais o agente é considerado mula do tráfico, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que a quantidade de drogas, por si só, 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

No caso, como acima destacado, apenas a referida quantidade de drogas não justifica o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto a 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 em organização criminosa.

De outro lado, a considerável quantidade de droga apreendida (81 kg de maconha) indica o especial desvalor e a gravidade da conduta praticada pelo paciente, de forma que deve incidir no caso o redutor na fração mínima de 1/3, resultando em uma pena intermediária de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e 388 dias-multa.

Quanto ao regime inicial, tendo em vista a existência de circunstância judicial negativa, tanto que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, bem como em razão da considerável quantidade do entorpecente apreendido, está justificada a fixação do regime inicial intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e dos enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido: HC n. 410.791/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 4/12/2017; HC n. 310.633/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015; AgRg no HC n. 308.543/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 22/6/2015).

Destaco, ainda, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EVIDENCIADA PELA QUANTIDADE E A NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE JUSTIFICAM O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, NO CASO, O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS QUE APONTAM A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento

ilegal.

2. 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 n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, embora a pena não tenha ultrapassado 4 anos, no caso, 1 ano e 8 meses de reclusão, o regime semiaberto mostra-se mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas - 02 porções de cocaína, 04 pedras de crack, com peso aproximado de 81 gramas e 50 pedras de crack, com peso aproximado de 38 gramas, acondicionados em um saco plástico, onde foram localizados também uma pequena balança -. Tais elementos afastam também a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmar a liminar anteriormente deferida, e fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena (HC 438.911/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/6/2018, DJe 29/6/2018).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA.PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO.PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES

BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 7/12/2015).

Consideradas a quantidade da droga apreendida, não é recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do CP, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

(...)

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para

fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Nos termos do ressaltado pelo Tribunal a quo, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido - 60 pedras de crack e 47 buchas de maconha - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 323.006/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015).

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.

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: 2023/0454515-2

AgRg no
HC 877.534 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030026120218120800 14045415220218120000 30026120218120800

EM MESA

JULGADO: 20/02/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

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 : FERNANDO VARELLA 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 : FERNANDO VARELLA MOREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
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 e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.