SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 972057 - MS (2024/0489376-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	ISMAEL DE SOUZA PONCIANO (PRESO)
ADVOGADO	:	CÉSAR HENRIQUE BARROS - MS024223
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

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu habeas corpus impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, visando ao reconhecimento do tráfico privilegiado e à alteração do regime inicial de cumprimento de pena.
2. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul negou provimento à apelação criminal, mantendo a condenação à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, com base na quantidade de droga apreendida e no envolvimento do condenado em atividades criminosas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se o habeas corpus pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio para questionar a negativa de reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado e o estabelecimento do regime inicial fechado.
4. A análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício, em razão de eventual flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. O habeas corpus não é a via adequada para substituir recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade, conforme pacificado pelo STJ e STF.
6. A quantidade de droga apreendida e o modus operandi indicam dedicação a atividades criminosas, afastando a aplicação do tráfico privilegiado.
7. A fixação do regime inicial fechado foi devidamente motivada pela quantidade de droga apreendida, não configurando bis in idem.
8. Não se verifica teratologia ou coação ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Agravo regimental não provido.

Documento eletrônico VDA46127751 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:13:52
Publicação no DJEN/CNJ de 18/03/2025. Código de Controle do Documento: 67f5a656-4d7a-4e6d-8638-2b0d924b4025

Tese de julgamento: "1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade. 2. A quantidade de droga apreendida e o modus operandi podem justificar a negativa de tráfico privilegiado e a fixação de regime inicial fechado. 3. A fixação do regime inicial fechado com base na quantidade de droga apreendida não configura bis in idem."

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 654, §2º; Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º; CP, art. 33, §§ 2º e 3º.
Jurisprudência relevante citada: STJ, HC 535.063-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 10.06.2020; STF, AgRg no HC 180.365, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27.03.2020.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de março de 2025.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator

Documento eletrônico VDA46127751 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:13:52
Publicação no DJEN/CNJ de 18/03/2025. Código de Controle do Documento: 67f5a656-4d7a-4e6d-8638-2b0d924b4025

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 972057 - MS (2024/0489376-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	ISMAEL DE SOUZA PONCIANO (PRESO)
ADVOGADO	:	CÉSAR HENRIQUE BARROS - MS024223
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

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu habeas corpus impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, visando ao reconhecimento do tráfico privilegiado e à alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

2. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul negou provimento à apelação criminal, mantendo a condenação à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, com base na quantidade de droga apreendida e no envolvimento do condenado em atividades criminosas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se o habeas corpus pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio para questionar a negativa de reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado e o estabelecimento do regime inicial fechado.

4. A análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício, em razão de eventual flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. O habeas corpus não é a via adequada para substituir recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade, conforme pacificado pelo STJ e STF.

Documento eletrônico VDA46122543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:14:23
Código de Controle do Documento: 023fc4e3-96ca-4578-b8da-a1aa0a558e18

6. A quantidade de droga apreendida e o modus operandi indicam dedicação a atividades criminosas, afastando a aplicação do tráfico privilegiado.

7. A fixação do regime inicial fechado foi devidamente motivada pela quantidade de droga apreendida, não configurando bis in idem.

8. Não se verifica teratologia ou coação ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Agravo regimental não provido.

Tese de julgamento: "1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade. 2. A quantidade de droga apreendida e o modus operandi podem justificar a negativa de tráfico privilegiado e a fixação de regime inicial fechado. 3. A fixação do regime inicial fechado com base na quantidade de droga apreendida não configura bis in idem."

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 654, §2º; Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º; CP, art. 33, §§ 2º e 3º.
Jurisprudência relevante citada: STJ, HC 535.063-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 10.06.2020; STF, AgRg no HC 180.365, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27.03.2020.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental em face de decisão (fls. 75-80) que não conheceu habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de ISMAEL DE SOUZA PONCIANO, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, em razão do julgamento da apelação criminal n. 0900465-33.2023.8.12.0045.

Consta dos autos que o paciente foi inicialmente condenado pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia, por incursão no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, cumulada com pena pecuniária equivalente a 500 dias-multa (fls. 28-32).

A defesa apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao recurso (fls. 33-41).

Na presente impetração, busca-se a concessão da ordem para que seja reconhecido o tráfico de drogas privilegiado, com o consequente redimensionamento da pena e do regime inicial prisional.

O pedido de liminar foi indeferido pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (fls. 51-52).

Decisão não conhecendo do habeas corpus às fls. 75-80.

Documento eletrônico VDA46122543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:14:23
Código de Controle do Documento: 023fc4e3-96ca-4578-b8da-a1aa0a558e18

Nesta via, a defesa pugna pela retratação da decisão e, subsidiariamente, pelo encaminhamento para julgamento pelo órgão colegiado (fls. 86-98).

É o relatório.

VOTO

Cinge-se a controvérsia acerca de possível coação ilegal, consistente na negativa ao reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado e no estabelecimento do regime inicial fechado.

Ocorre que o presente habeas corpus investe contra acórdão em substituição ao recurso próprio cabível, não podendo ser conhecido. A 3ª Seção, no âmbito do HC 535.063-SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020, e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg no HC 180.365, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgado em 27/3/2020, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Tendo em vista a possibilidade de concessão da ordem de ofício, em observância ao disposto no §2º do artigo 654 do Código de Processo Penal, transcrevo, para melhor análise, os fundamentos do acórdão impugnado (fls. 15-23):

> "[...] No caso dos autos, observa-se que o apelante Ismael não preenche os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que as provas indicam que se dedicava a atividades criminosas. Destaco de pronto que a exorbitante quantidade de droga apreendida – 2.625 tabletes de "maconha", totalizando aproximadamente duas toneladas e meia de droga. – são elementos que evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, mesmo porque é improvável que a um novato nesse tipo de crime seja confiada tamanha responsabilidade, considerado o grande volume e o valor da substância apreendida. [...] Ademais, além da exorbitante quantidade de droga apreendida, o modus operandi, consistente no envolvimento de terceiras pessoas (contratante e aqueles que acondicionaram a droga o veículo), o uso de veículo próprio, bem como com “fundo falso”, são todos elementos que, somadas às demais provas, levam à inequívoca conclusão de que os requisitos não foram atendidos. Ora, tais evidencias apontam para cenário que não se coaduna com a figura do aventureiro do tráfico, ou o simples "mula", pois demonstram que se trata de indivíduo com incomum envolvimento com a traficância, denotando sua dedicação a atividades criminosas. Em casos semelhantes este E. Tribunal de Justiça assim decidiu: [...] Logo, como há nos autos dados concretos que indicam a integração do apelante Ismael a atividades criminosas, não merece acolhida o pedido de aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. [...] Com relação ao regime de pena, considerando não ser obrigatório o regime fechado para início do cumprimento da pena por tráfico, a fixação deve harmonizar-se com o art. 33, §§ 2.º e 3.º do CP, ou seja, considerar-se a quantidade da pena privativa de liberdade imposta na sentença e

Documento eletrônico VDA46122543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:14:23
Código de Controle do Documento: 023fc4e3-96ca-4578-b8da-a1aa0a558e18

> as circunstâncias judiciais dos artigos 59 do Código Penal e ainda, no caso dos delitos de tráfico, a preponderante prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Cabe ressaltar que na hipótese, a fixação do regime prisional fechado foi devidamente motivada, pois o julgador considerou em seu desfavor a circunstância judicial preponderante da quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei de Drogas), não havendo que se falar em bis in idem na adoção da quantidade de drogas para afastar o tráfico privilegiado e para estabelecer o regime prisional, pois a ocorrência de dupla punição ocorre quando o mesmo fundamento é adotado para fixar a própria pena em mais de uma fase da dosimetria, o que não ocorreu na hipótese. Há recente julgado desta 2ª Câmara Criminal neste sentido: [...]."

No que toca à negativa ao reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, o Tribunal de Apelação concluiu, a partir da análise da prova produzida sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, que o paciente é dedicado a atividades criminosas voltadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Segundo o §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Tais requisitos devem ser cumulativamente preenchidos.

Ao contrário do que sustenta a defesa, o transporte de 2.625 tabletes de "maconha", totalizando aproximadamente duas toneladas e meia de entorpecentes, com o envolvimento de terceiros, valendo-se de carro próprio com fundo falso para esconder os entorpecentes, afasta a tese de que o paciente teria sido contratado como "mula" do tráfico de drogas, pois denota profundo envolvimento com atividades criminosas.

De toda forma, para que fosse possível acolher a tese de que o paciente seria um traficante eventual, contratado na condição de mero transportador, seria imprescindível revolver todo o conjunto fático-probatório, providência essa incompatível com o rito da ação mandamental. A esse respeito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSÁRIO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE DENOTAM HABITUALIDADE DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do mandamus, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória.*

Documento eletrônico VDA46122543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:14:23
Código de Controle do Documento: 023fc4e3-96ca-4578-b8da-a1aa0a558e18

2. Na hipótese, a conclusão obtida pelas instâncias de origem, sobre a condenação do paciente por tráfico de drogas, foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias que culminaram em sua prisão em flagrante e na prova oral colhida em Juízo. Nesse contexto, inexiste ilegalidade em sua condenação ou na negativa de desclassificação do delito, sendo que, entendimento em sentido contrário, como pretendido, repito, demandaria a imersão vertical no acervo fático e probatório carreado aos autos, providência incabível na via processual eleita.

3. Consoante o § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos.

4. No caso, em que pese ser vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para negar o tráfico privilegiado, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram o seu convencimento com base não apenas nesse fundamento, mas, também, com supedâneo no fato de que o acervo fático-probatório denota que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas, sim, com habitualidade, ou seja, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, tendo o voto condutor destacado que pelas informações constantes nos autos, o paciente era responsável pela distribuição de drogas na localidade.

5. Assim, para se desconstituir tal assertiva como pretendido, seria necessário o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

6. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 824.929/PB, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/10/2024, D Je de 23/10/2024).

Em relação ao estabelecimento do regime inicial prisional fechado, verifico que as instâncias originárias reconheceram que a quantidade de entorpecentes - 2.625 tabletes de "maconha", totalizando aproximadamente duas toneladas e meia - justifica a eleição do regime inicial mais gravoso. No mesmo sentido:

"[...]

4. Apesar de o montante da pena - 5 anos de reclusão -, admitir, em tese, a fixação do regime intermediário, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na natureza, e expressiva quantidade de droga apreendida (33,11g de maconha e 1.173,96g de cocaína), autoriza a fixação do regime prisional mais gravoso; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial fechado. Precedentes. [...]

Documento eletrônico VDA46122543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:14:23
Código de Controle do Documento: 023fc4e3-96ca-4578-b8da-a1aa0a558e18

> *6. Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC n. 950.356/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/11 /2024, D Je de 26/11/2024).

A pena do paciente foi fixada no mínimo legal unicamente em razão da valoração da circunstância judicial negativa - quantidade de drogas - na terceira etapa da dosimetria da pena, de modo a evitar *bis in idem*, nos termos da tese firmada no Tema 712/STF.

Deste modo, não verifico a presença de teratologia ou coação ilegal que desafie a concessão da ordem nos termos do parágrafo 2º do artigo 654 do Código de Processo Penal.

Portanto, a decisão agravada deve ser mantida com base em seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA46122543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 14/03/2025 09:14:23
Código de Controle do Documento: 023fc4e3-96ca-4578-b8da-a1aa0a558e18

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0489376-2 **PROCESSO ELETRÔNICO**

AgRg no HC 972.057 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 09004653320238120045 900465332023812004 5

EM MESA JULGADO: 11/03/2025

Relator
Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	CESAR HENRIQUE BARROS
ADVOGADO	:	CÉSAR HENRIQUE BARROS - MS024223
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	ISMAEL DE SOUZA PONCIANO (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	:	ISMAEL DE SOUZA PONCIANO (PRESO)
ADVOGADO	:	CÉSAR HENRIQUE BARROS - MS024223
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 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, Joel Ilan Paciornik e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA46090686 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 12/03/2025 13:58:00
Código de Controle do Documento: 60BEF019-898A-4BC6-BA2C-16D526DC540E