



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.460 - MS (2015/0327383-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : SARA HELOIZA FONTANA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, C.C ART. 40 INCISOS V E VI, DA LEI N. 11.343/06). DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). GRANDE VOLUME DE ENTORPECENTE. PRECEDENTES DESTES STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade de droga foi considerada tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual, ausentes outras circunstâncias judiciais negativas, reduz-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena-base ao mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, aplicando-se a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 1/6 (um sexto), em razão do considerável volume do estupefaciente apreendido.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga, justifica a imposição do modo prisional fechado.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.

2. *In casu*, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.460 - MS (2015/0327383-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : SARA HELOIZA FONTANA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de nova análise do *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de SARA HELOIZA FONTANA, tendo em vista determinação do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl. 310), em razão do julgamento de *mandamus* impetrado naquela Corte contra acórdão proferido por esta Relatoria, o qual concedeu a ordem de ofício, a fim de redimensionar a reprimenda da paciente para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, incisos V e VI, ambos da Lei n. 11.343/06.

No presente *writ*, sustentou o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto não haveria provas de que a paciente integraria organização criminosa ou se dedicaria a atividades delitivas, mormente em razão da quantidade de entorpecente apreendido não ser expressiva.

Defendeu que a Corte estadual teria incorrido no vedado *bis in idem* ao utilizar o mesmo fundamento, qual seja, o volume de estupefaciente, para justificar o incremento da pena-base e negar o referido redutor.

Alegou que, reduzida a sanção final, o regime inicial deveria ser abrandado para o aberto, tendo em vista a primariedade da sentenciada e favorabilidade das circunstâncias judiciais.

Aduziu que, após o reconhecimento do tráfico privilegiado, não haveria óbice para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Requeru a aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a alteração do modo prisional para o aberto e a substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa pela restritiva.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

A ordem foi concedida por decisão desta Relatoria, em razão do reconhecimento da existência do *bis in idem* alegado, de forma a reduzir a pena-base ao mínimo legal e manter o afastamento da causa especial de redução da Lei de Drogas operado na origem, em razão da quantidade de estupefaciente apreendido - 39 kg de maconha (e-STJ fl. 184).

Contra a decisão a defesa impetrou novo *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, o qual concedeu a ordem pretendida, a fim de determinar a este Superior Tribunal de Justiça que, mantendo a condenação penal questionada, proceda à aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, fundamentando o *quantum* de redução estabelecido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.460 - MS (2015/0327383-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Passa-se, então, à nova análise do recurso para proceder à determinada aplicação da causa especial de diminuição pelo Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl. 310).

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 762 (setecentos e sessenta e dois) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c art. 40, incisos III, V e VI, ambos da Lei n. 11.343/06, porque:

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 24 de junho de 2013, por volta das 19h40min, no terminal rodoviário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Capital, localizado na Avenida Gury Marques, Vila Albuquerque, a denunciada SARA HELOIZA FONTANA foi presa em flagrante por policiais militares, porque, juntamente com o adolescente Lucas Portes Pereira, transportavam cerca de 39.600 g (trinta e nove mil e seiscentos gramas) da substância cannabis sativa linneu, popularmente conhecida como maconha, sem autorização e em desacordo com regulamentação legal ou regulamentar, no interior do ônibus da empresa Viação Nova Integração que percorria o itinerário Porto Alegre/RS - Alta Floresta/MT. (e-STJ fls. 22-23)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

Ato seguinte, interpôs embargos infringentes e de nulidade, os quais foram parcialmente providos para afastar a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, reduzindo a sanção final para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, e pagamento de 677 (seiscentos e setenta e sete).

Foi impetrado o presente *writ* buscando o afastamento do alegado *bis in idem*, pois, segundo defendeu o impetrante, a quantidade da droga apreendida (**39 kg de maconha**) teria sido utilizada em momentos distintos da dosimetria.

Quanto ao alegado *bis in idem*, o magistrado singular fixou a pena-base acima do mínimo legal considerando, *verbis*:

"Nessa esteira, fácil concluir que a pena-base imposta não merece qualquer reparo porquanto lhe prejudicam a enorme quantidade de droga apreendida, a qual justifica suficientemente a imposição da reprimenda em 01 (um) ano, 01 (um) mês e 10 (dez) dias e 110 (cento e dez) dias-multa acima do mínimo legal." (e-STJ fl. 148).

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, a Corte de origem, em sede de apelação, negou a referida benesse com a seguinte fundamentação, *verbis*:

"Sem sorte quanto ao pleito de reconhecimento da diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois a enorme quantidade de droga demonstra que a acusada se não integra ao menos colabora com organização criminosa. No caso em apreço, ainda que não se possa determinar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*qual organização ou quem a integraria - pelo simples fato de não se ter alcançado toda a estrutura do tráfico, algo quase sempre impossível - tendo em vista a **enorme quantidade de droga transportada**, evidenciando convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução da prática delitiva, toma-se inviável a aplicação da diminuta."* (e-STJ fl. 151).

Da leitura dos excertos supra, observa-se a ocorrência de *bis in idem*, pois o mesmo critério foi adotado para agravar a reprimenda na primeira e afastar a aplicação da redução da pena na terceira fases da dosimetria, procedimento que contraria a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, convém observar, no que diz à aplicação da reprimenda de piso, que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao sentenciado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Contudo, ao interpretar o mencionado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao *bis in idem*. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Assim, identificado o *bis in idem* na decisão impugnada, é necessário afastá-lo, de forma a reduzir a pena-base para o seu mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa - e, por determinação do Supremo Tribunal Federal na decisão de fls. 311/317, aplicar a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/6 (um sexto), em razão da grande quantidade de droga apreendida - 39 kg de maconha (trinta e nove quilos), volume capaz de abastecer um número considerável de usuários.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal 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.

2. 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 delituosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Hipótese na qual as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade da droga apreendida - 2.871 g de maconha -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/6, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora o paciente seja primário e a reprimenda final tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, não se mostra ilegal o estabelecimento do regime inicial fechado, tendo como fundamento a quantidade do entorpecente apreendido. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 394.578/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2). REDIMENSIONAMENTO DA PENA HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade.

III - In casu, houve justificado aumento da pena-base do paciente, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, notadamente a grande quantidade de entorpecente apreendido (25kg de maconha), que demonstram a maior reprovabilidade da conduta e não revelam, de plano, a flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício.

IV - O eg. Tribunal de origem entendeu por afastar a redutora o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não apenas com fundamento na quantidade da droga apreendida, mas também pela existência de indicativos de profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente. Entretanto, nota-se que o ora paciente teve participação de menor (e não de somenos) importância no fato delituoso, uma vez que ficou comprovado que a ele foi confiada tão somente a guarda da droga por apenas uma noite e pelo irrisório valor de R\$ 60,00 (sessenta reais). Assim, proporcional e razoável a aplicação do redutor em fração mínima de 1/6 (um sexto), restando a pena fixada definitivamente em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a reprimenda final do paciente em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, mantendo os demais termos do v. acórdão combatido. (HC 398.928/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017)

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se a pena-base fixada no mínimo - 5 (cinco) anos de reclusão e multa, à qual, na segunda fase, mantém-se inalterada, tendo em vista a Súmula 231/STJ.

Por fim, na última etapa, a pena deve ser aumentada em 1/3 (um terço), em razão das causas de aumento previstas nos incisos V e VI, do art. 40 da Lei de Drogas, e diminuída em 1/6 (um sexto) pela causa especial de diminuição do mesmo diploma legal, considerando-se a elevada quantidade do estupefaciente apreendido - **39 kg de maconha** (e-STJ fl. 146) -, restando a reprimenda estabelecida definitivamente em **5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 279 (duzentos e setenta e nove) dias-multa.**

No que diz respeito ao regime inicial, ainda que favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, mantém-se o modo mais gravoso para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que a gravidade do delito exige uma maior reprovabilidade da conduta, diante da expressiva quantidade de estupefaciente apreendido - **39 kg de maconha** (e-STJ fl. 146), capaz de gerar e abastecer um grande mercado consumidor ilegal.

Nesse diapasão:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVIDO.

1. O Tribunal a quo utilizou fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o acusado dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade e a natureza da droga apreendida (1,0696 Kg de maconha e 190,3g de cocaína), bem como pelo fato de o acusado participar de uma atividade criminosa estruturada, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como elemento de convicção de que o autor do delito se dedica a atividades criminosas.

3. Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva maior que 4 e menor que 8 anos (5 anos de reclusão), sendo primário o recorrente e sem antecedentes, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (1,0696 Kg de maconha e 190,3g de cocaína) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1677795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade de substância entorpecente apreendida - 1,3 kg de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado pelas instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade de droga encontrada na posse do paciente - 1,3 kg de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. No que tange à possibilidade de o réu recorrer em liberdade, por se tratar de tema não analisado pelas instâncias de origem, momento em que não foram opostos embargos declaratórios, inviável a apreciação por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

6. Writ não conhecido.

(HC 348.629/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016)

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena manteve-se em patamar superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COM O ENVOLVIMENTO DE MENOR. REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME. PERDA DO OBJETO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO.

1. No caso, o único ponto em que havia manifesto constrangimento ilegal a ser reparado - tanto que chegou a ser deferida medida liminar em favor do paciente - perdeu o objeto. Afinal, na origem, foi alcançada a pretensão de fixação do regime semiaberto e, agora, ele já está no regime aberto.

2. Como concluíram as instâncias ordinárias que o paciente se dedica a atividades criminosas (considerando-se a admissão do réu de que estava comercializando drogas há mais de 30 dias, bem como a quantidade de droga apreendida - 2 tijolos de maconha, de 180,3 g, e 152 invólucros plásticos contendo 65,9 g cocaína), não há falar em redução da pena nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e, para alterar tal entendimento, seria necessário o amplo exame de fatos e de provas.

3. Fixada a pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal).

4. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no que resta, ordem denegada.

(HC 283.882/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de reduzir a pena para **5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 279 (duzentos e setenta e nove) dias-multa**, mantido o regime fechado e afastada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0327383-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 346.460 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00271586620138120001 00309156820138120001 271586620138120001 3072013
30915680001 309156820138120001

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

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 : SARA HELOIZA FONTANA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.