



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 505.206 - MS (2019/0111330-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE HELIOMAR GONCALVES MACEDO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO NA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 59, CÓDIGO PENAL E 42, DA LEI N. 11.343/06. **QUANTUM** DE AUMENTO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **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 - As **circunstância do crime**, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o **modus operandi** do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes desta natureza, visto que *"[...] desobedeceu à ordem de parada emanada pelos PRFs, que foram obrigados a fazer o acompanhamento tático de José Heliomar ele sair da rodovia e entrar em uma via vicinal, onde foi abordado"*.

III - Ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea, também, a fundamentação pela quantidade e natureza da droga apreendida, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006

IV - *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 6/5/2015).

V - Esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que **a quantidade e a natureza da droga apreendida** podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. **Na hipótese em análise**, a **grande quantidade e a natureza das drogas apreendidas** não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 28 de maio de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 505.206 - MS (2019/0111330-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE HELIOMAR GONCALVES MACEDO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, impetrado pela Defensoria Pública em favor de JOSÉ HELIOMAR GONÇALVES MACEDO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**, nos autos da apelação criminal n. 0001092-69.2016.8.12.0025.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial aberto, 1 (um) mês de detenção, em regime aberto, e 258 (duzentos e cinquenta e oito) dias-multa, por incurso no artigo 33, **caput**, c/c artigo 40, inciso V, da Lei nº. 11.343/2006 e do artigo 180, § 3º, do Código Penal, absolvendo-o, de outro lado, dos crimes previstos nos arts. 309 do Código de Trânsito Brasileiro e 330 do Código Penal, com arrimo no artigo 386, inciso V, do CPP" (fls. 207-219).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e, de ofício, corrigiu erro material existente na sentença quanto ao regime prisional, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO REDUÇÃO DA PENA-BASE IMPOSSIBILIDADE - AFASTAMENTO DA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE - INVIABILIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - PEDIDO NÃO CONHECIDO - CONCESSÃO DO "SURSIS" PENAL - IMPERTINÊNCIA - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO DE OFÍCIO, CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL QUANTO À INDICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FIXADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Deve ser mantida a pena-base quando as circunstâncias judiciais são analisadas fundamentadamente com base nos elementos concretos contidos no processo.

2. A aplicação da majorante da interestadual idade independe da efetiva transposição de fronteiras estaduais.

3. Quanto ao abrandamento do regime prisional, o recurso não deve ser conhecido. Isso porque o nobre magistrado fixou já Fixou o regime aberto, sendo inviável, portanto, o pleito de abrandamento, carecendo, o recorrente, de interesse recursal. O que houve, no caso, foi um mero erro material na indicação do regime Fixado, o que Fica sanado neste voto.

4. Ausentes os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal, descabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Nos termos do art. 77 do Código Penal, faz jus à suspensão condicional da pena o condenado à pena inferior a dois anos de reclusão, declarada insubstituível por penas alternativas, quando for tecnicamente primário e nenhuma das circunstâncias judiciais não lhe ksB) desfavoráveis. lv|caso, as circunstâncias judiciais desfavoráveis impedem a concessão do benefício" (fl. 339).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alga, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, em razão das circunstâncias do crime e da quantidade e natureza da droga, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, bem como na negativa de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reduzida a pena-base próximo ao mínimo legal, respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pleito liminar não foi apreciado.

Informações prestadas às fls. 365-369.

O Ministério Público Federal, às fls. 371-378, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus substitutivo do recurso próprio. Não cabimento. Crimes de tráfico de drogas interestadual (Art. 33, caput c.c. 40, V, da Lei nº 11.343/2006) e receptação culposa (Art. 180, § 3º, do CP). Pena-base exasperada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desfavoráveis as circunstâncias judiciais do crime (modus operandi), a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (maconha e cocaína). (Art. 59 do CP e art. 42 da Lei 11.343/2006). Discricionariedade do juízo. Proporcionalidade. Substituição da pena corpórea por restritivas de direito. Inviabilidade (Art. 44, III, do CP). Inexistência de constrangimento ilegal. Não conhecimento do writ, descabida a concessão de uma ordem ex officio" (fl. 371).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 505.206 - MS (2019/0111330-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE HELIOMAR GONCALVES MACEDO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO NA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 59, CÓDIGO PENAL E 42, DA LEI N. 11.343/06. **QUANTUM** DE AUMENTO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **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 - As **circunstância do crime**, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o **modus operandi** do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes desta natureza, visto que "[...] **desobedeceu à ordem de parada emanada pelos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRFs, que foram obrigados a fazer o acompanhamento tático de José Heliomar ele sair da rodovia e entrar em uma via vicinal, onde foi abordado”.

III - Ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea, também, a fundamentação pela quantidade e natureza da droga apreendida, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006

IV - *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp n. 143.071/AM, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 6/5/2015).

V - Esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que **a quantidade e a natureza da droga apreendida** podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. **Na hipótese em análise**, a **grande quantidade e a natureza das drogas apreendidas** não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação no sentido de não admitir **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.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, ressalto que a r. sentença condenatória, mantida pelo v. acórdão impugnado, exasperou a pena-base do paciente com fundamento nas **circunstâncias do crime**, na **quantidade e na natureza das drogas apreendidas**. Vejamos:

"Com relação à circunstância judicial atinente às circunstâncias do crime, em que se deve analisar o modus operandi empregado na prática do delito, no presente caso ser reconhecido que o acusado empreendeu fuga após a abordagem policial, não obedecendo a ordem de parada, elemento que evidencia a maior gravidade de sua conduta, de modo que há razão para a majoração da pena-base nesse ponto. Portanto, é desfavorável essa circunstância judicial.

[...]

Quanto à circunstância judicial referente a natureza da droga, cabe esclarecer que a valoração negativa da natureza da droga se encontra no âmbito discricionário do magistrado. Como o acusado foi flagrado com 2 (dois) tipos de entorpecentes distintos (maconha e pasta-basc), conclui-se que a punição deve ser mais rigorosa, mostrando-se cabível a fixação de pena acima do mínimo legal para quem pratica o tráfico de substâncias de espécies distintas. Assim, é desfavorável essa circunstância judicial.

"No tocante à circunstância judicial atinente a quantidade de entorpecente, deve ser reconhecido que o volume de droga apreendida é significativamente alto, sendo que 63kg (sessenta e três quilos) de maconha representa uma quantia vultosa de droga. Deste modo, por essa razão também é desfavorável ao acusado essa circunstância judicial" (fls. 215-216, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação as **circunstâncias do crime**, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o **modus operandi** do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes desta natureza, visto que *"[...] desobedeceu à ordem de parada emanada pelos PRFs, que foram obrigados a fazer o acompanhamento tático de José Heliomar ele sair da rodovia e entrar em uma via vicinal, onde foi abordado"*.

Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea, também, a fundamentação pela quantidade e natureza da droga apreendida, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, **in 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."

No presente caso, a r. sentença condenatória, acompanhada pelo v. acórdão impugnado, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a **quantidade** e a **natureza** da droga apreendido com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do **writ**.

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015).

In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, 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 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda de piso acima do mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente justificada e proporcional às especificidades do caso versado. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉ INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR. Integrando a acusada organização criminosa, na qualidade de transportadora da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso, inexistindo bis in idem. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 585.375/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/03/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTIGO 35, C/C O ART. 40, V, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 4 ANOS, 2 MESES E 12 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA 1/6 ACIMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COM FOCO EM ABASTECIMENTO DE DIVERSOS PONTOS DE TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA INTERESTADUALIDADE. APENAS DOIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO ENVOLVIDOS. FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 RESTABELECIDA. REGIME PRISIONAL. ABRANDAMENTO. PENA INALTERADA. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de associação para o tráfico de drogas, o juiz deve considerar, 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.

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que, considerando a valoração desfavorável das circunstâncias do delito, pois foram apreendidos 750 gramas de crack, o afastamento em apenas 6 meses acima do mínimo legal, correspondente à usual fração de 1/6, mostra-se adequado e proporcional à espécie, uma vez que a pena do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 varia de 3 a 10 anos de reclusão.

- Não há se falar em ofensa ao primado do bis in idem, pois, na primeira fase da dosimetria, o acórdão recorrido, ao ratificar a pena imposta pelo sentenciante, destacando o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consignou que a associação visava ao abastecimento de diversos pontos de droga, os quais abrangiam mais de um Estado da federação. Assim, a referência aos Estados envolvidos operou-se apenas para demonstrar a dimensão da conduta da paciente, quando comparada aos pequenos traficantes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as penas da paciente para 04 anos e 01 mês de reclusão e 933 dias-multa, com extensão do presente decisum ao corréu Claudemar Vrech, mantidos os demais termos da condenação." (HC n. 364.661/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/11/2016).

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

Assim, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos pode ser estabelecida para o delito de tráfico de entorpecentes, mas, para tanto, é necessário que o acusado preencha os requisitos legais elencados no art. 44 do Código Penal.

Esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que **a quantidade e a natureza da droga apreendida** podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Na hipótese em análise, a grande quantidade e a natureza das drogas apreendidas não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, 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.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena" (HC n. 296.069/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 11/9/2015, grifei).

"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 n. 323.006/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soates da Fonseca**, DJe de 24/11/2015, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0111330-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 505.206 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010926920168120025 0023776020188120001 08005736120168120025
10926920168120025 23776020188120001 8005736120168120025

EM MESA

JULGADO: 28/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA INTERLANDO -
MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE HELIOMAR GONCALVES MACEDO (PRESO)

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

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.