



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 DO 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. Precedentes.

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. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. GRANDE VOLUME DE ENTORPECENTE. PRECEDENTE DESTE 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 a pena-base ao mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e 500



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(quinhentos) dias-multa, mantendo-se, contudo, o afastamento da referida causa de diminuição especial, 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 para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(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 DO 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 *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de SARA HELOIZA FONTANA contra acórdão proferido pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que proveu, parcialmente, os Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0030915-68.2013.8.12.0001/50000, a fim de redimensionar a reprimenda para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 677 (seiscentos e setenta e sete) 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.

Sustenta 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.

Defende 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.

Alega 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.

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

Requer, liminarmente, a concessão da ordem constitucional para suspender os efeitos do acórdão impugnado. No mérito, pugna pela aplicação da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, alteração do modo prisional para o aberto e substituição da pena privativa pela restritiva.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): 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 07 (sete) anos, 07 (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 desta Capital, localizado na Avenida Gury Marques, Vila Albuquerque, a denunciada SARA HELOIZA FONTANA foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, e pagamento de 677 (seiscentos e setenta e sete).

Busca-se neste *writ* o afastamento do alegado *bis in idem*, pois, segundo defende o impetrante, a quantidade da droga apreendida (**39 kg de maconha**) teria sido utilizada em momentos distintos da dosimetria.

Na hipótese, o Tribunal estadual manteve a pena-base acima do mínimo legal, conforme aresto proferido nos seguintes termos, a saber:

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, é necessário afastar o aumento procedido na pena-base, reduzindo-a para o mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa -, dada a ausência de outras circunstâncias judiciais negativas, mantendo-se, contudo, a não incidência da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da considerável quantidade de entorpecente apreendido.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PERDA DO OBJETO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PERCENTUAL MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO.

*1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que julgou, em parte, prejudicado o writ e, no mais, negou-lhe seguimento, pois, no caso concreto, **de acordo com a jurisprudência desta Corte, a quantidade de droga apreendida pode impedir a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**, bem como pode servir de parâmetro para definir o percentual de redução.*

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 251.410/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 17/12/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DO FATO DE O DELITO DE TRÁFICO SER EQUIPARADO AOS CRIMES HEDIONDOS. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

*1. **O Colegiado estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, de modo que não há falar em constrangimento***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina que "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".

2. 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 7 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. O regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, em razão do fato de o delito de tráfico ser equiparado aos crimes hediondos, o que configura manifesta ilegalidade, haja vista que a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pelos Tribunais superiores, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 315.716/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Na segunda fase da dosimetria, ainda que presente a atenuante da menoridade relativa, mantém-se a sanção inalterada sob pena de malferir o enunciado da súmula 231 deste Sodalício.

Por fim, aumenta-se a reprimenda em 1/3 (um terço), em razão do reconhecimento, pelas instâncias de origem, das causas de aumento do art. 40, inciso V e VI, da Lei de Drogas, resultado a pena final em **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.**

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado manteve o mais gravoso, sob a seguinte fundamentação:

Considerando a quantidade de droga apreendida (39 quilos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maconha), e as peculiaridades do caso, mantém-se o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena. (e-STJ fl. 192).

Da leitura do excerto supra, vê-se que o modo fechado foi mantido com base na gravidade concreta do crime cometido, evidenciada pela elevada quantidade do entorpecente apreendido - **39 kg de maconha** -, fator suficiente a justificar a imposição do sistema prisional mais severo.

Nesse diapasão, tem-se:

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MAIS ADEQUADO À ESPÉCIE. QUANTUM DA REPRIMENDA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

2. Segundo a jurisprudência pacificada desta Corte, com efeito, "a valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015).

3. Hipótese em que o regime fechado se apresenta como o mais adequado à espécie, diante da quantidade de droga apreendida (724,23 gramas de maconha), nos termos do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei Antidrogas.

4. Embargos rejeitados.

(EDcl no HC 346.658/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

6. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade da droga encontrada na posse do paciente - 195 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Writ não conhecido.

(HC 330.420/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016)

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena manteve-se em patamar superior a 04 (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 SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. PENA ACIMA DE 4 ANOS. DESCONTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA (ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP). SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Considerando a pena superior a 4 anos, a reincidência do paciente (art. 33, § 2º, b, do Código Penal) e a quantidade de droga apreendida (200 gramas de cocaína), mostra-se justificado o regime inicial fechado.

- Quanto à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua concessão, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

- O Tribunal a quo não apreciou a questão referente à detração da pena (art. 387, § 2º, do CPP). Dessa forma, é inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.540/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 16/02/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É pacífico no âmbito desta Corte o entendimento de que, no momento da fixação da reprimenda, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do previsto no art. 42 da Lei n.

11.343/2006.

2. A natureza da droga (cocaína), de elevado potencial lesivo, bem como a quantidade (mais de 4 quilos apreendidos com cada ré) serviram de arrimo para aplicação da pena-base acima do mínimo legal. Em razão do óbice da Súmula 7 do STJ, não cabe, em sede de recurso especial, o reexame do juízo valorativo utilizado na fixação do quantum da reprimenda.

3. Igualmente, esbarra no obstáculo imposto na Súmula 7 do STJ o pedido de aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, em seu grau máximo, tendo em vista que não pode esta Corte proceder a alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório.

4. Fixada a pena privativa de liberdade acima de quatro anos, não há falar em sua substituição por restritiva de direitos, pois ausentes os pressupostos legais previstos no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 422.763/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015)

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 **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0327383-0

HC 346.460 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00271586620138120001 00309156820138120001 271586620138120001 3072013
30915680001 309156820138120001

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO 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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.