



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.843 - MS (2017/0169361-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : TAIS DE FATIMA CANO OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/4 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade das drogas apreendidas – aproximadamente 15 quilos e 900 gramas de maconha –, estão em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se proporcional a fração de 1/4 aplicada pelo Tribunal de origem, haja vista que a quantidade de droga apreendida foi muito grande (mais de 15 quilos de maconha), justificando em alguns casos até mesmo a vedação total da benesse.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 17 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.843 - MS (2017/0169361-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : TAIS DE FATIMA CANO OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de TAIS DE FATIMA CANO OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul proferido nos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0002497-17.2015.8.12.0045.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 6 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem, por maioria, negou provimento ao recurso da defesa (fls. 227/242).

Em razão da divergência, a defesa opôs embargos infringentes, tendo a Corte estadual dado parcial provimento ao recurso para reconhecer o privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/4, reduzindo a pena-base ao mínimo legal e mantida a majorante do tráfico interestadual, bem como alterar o regime prisional para o semiaberto, restando a reprimenda definitiva em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL
- TRÁFICO DE DROGAS - CAUSA DE AUMENTO REFERENTE AO
TRÁFICO INTERESTADUAL MANTIDA - INÍCIO DA CONSUMAÇÃO
DA CONDUTA VERIFICADA - DESNECESSIDADE DE EFETIVA
TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS - APLICAÇÃO DA MINORANTE
DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR DE 1/4 - REGIME
SEMIABERTO FIXADO - EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE.

Não há necessidade da efetiva transposição da fronteira para configuração do tráfico interestadual de drogas - art. 40, V, da Lei 11.343/06, pois demonstrado que a embargante havia dado início a consumação da conduta de levar a droga para outro Estado da Federação, que somente não foi esgotada por conta da atuação policial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que prendeu a acusada em flagrante.

Aplica-se a minorante do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, pois a apcnada é primária e sem antecedentes, não havendo, também, prova idônea o suficiente para atestar, indubitavelmente, que se dedica de forma duradoura e estável à atividade criminosa ou integre organização criminosa. Em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como diante da quantidade de droga apreendida (14,9Kg de maconha), a pena deve ser reduzida em 1/4, montante que se mostra justo e suficiente para prevenção e reprovação do delito.

Em parte com o parecer, embargos acolhidos em parte (fl. 329).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que a paciente preenche os requisitos legais para a fixação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo (2/3), bem como, em razão da redução da pena, sustenta que fará jus ao regime inicial aberto e à substituição da reprimenda por restritiva de direitos.

Requer, assim, a aplicação da causa redutora de pena no patamar máximo, com a consequente fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar às fls. 348/350 e prestadas as informações às fls. 357/397, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 399/402).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.843 - MS (2017/0169361-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora no patamar de 2/3 e, conseqüentemente, a fixação de regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A paciente foi presa em flagrante na posse de 15,900 kg de maconha no interior do ônibus da empresa Viação Cruzeiro do Sul que percorria o itinerário Ponta Porã/Campo Grande-MS.

Nesse contexto, foi condenada por tráfico de drogas, à pena de 6 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado. A defesa interpôs apelação, que foi desprovida pela Corte estadual.

Todavia, em razão da divergência, a defesa opôs embargos infringentes, os quais foram parcialmente providos, tendo sido a pena reduzida para 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e fixado o regime semiaberto para cumprimento de pena, sob os seguintes fundamentos:

A embargante requer, também, que prevaleça o voto minoritário que reconheceu a seu favor a aplicação do tráfico privilegiado.

Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

[...]

Assim, somente sera concedido o benefício ao acusado que preencher cumulativamente a todos os requisitos.

Com relação aos dois primeiros requisitos, estampados no dispositivo legal ora examinado (primariedade e antecedentes), estes se submetem a uma avaliação estritamente objetiva, pois basta verificar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos.

Por outro lado, no tocante aos últimos requisitos, a análise deve ser mais criteriosa e envolve uma apreciação subjetiva do magistrado que, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, deverá concluir se o agente é "dedicado às atividades criminosas" e se "íntegra organização criminosa".

Cabe reconhecer que a expressão "se dedicar às atividades criminosas" é bastante genérica e pouco elucidativa, de modo que cada caso deve ser analisado individualmente, a fim de se descobrir, através do seu contexto peculiar, se o agente faz da atividade criminosa o seu estilo habitual de vida.

A finalidade do legislador, ao inserir a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, foi evitar que a punição severa aplicada, de modo geral, aos traficantes de drogas, alcançasse pessoas sérias, que se dedicam à atividade lícita, mas que por um inconveniente da vida ou por um ato de desespero, cometeram um delito isolado (eventual), em completa contradição à conduta social que sempre mantiveram anteriormente.

[...]

Portanto, para avaliar se é cabível a aplicação dessa causa de diminuição da pena, é necessário analisar as circunstâncias em que o crime de tráfico de drogas se desenvolveu, isto é, se ele foi realizado de forma isolada, eventual, ou em um contexto de habitualidade. Em síntese, deve ficar demonstrado que o crime de tráfico de drogas representou "um ponto fora da curva" na vida do agente, um erro que contradiz o seu estilo de vida.

No caso dos autos, verifica-se que a embargante foi presa enquanto transportava 14.900 (quatorze quilos e novecentos gramas) em ônibus intermunicipal e que a quantidade de droga apreendida em seu poder foi utilizada para concluir que se dedicava a atividades criminosas.

Todavia, entendo que apesar de vultosa quantidade de entorpecente apreendido, tal não é suficiente para demonstrar a sua dedicação a atividades criminosas, já que transportava a droga de forma precária dentro do ônibus, pois acondicionada dentro de uma mala, "demonstrando a falta de estrutura e suporte na empreitada podendo concluir-se que trata de "mula do tráfico" seduzida pela promessa de dinheiro fácil ou mesmo impelida por dificuldades financeiras, não havendo qualquer outro elemento que pudesse demonstrar o contrário.

Também não restou demonstrado que a apelada integra organização criminosa.

Assim, impõe-se a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado à embargante.

Não havendo a lei estabelecido os critérios para a aplicação da fração de redução da pena, podem ser utilizadas para a sua fixação a natureza e a quantidade de droga apreendida, além das demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante já mencionado, verifica-se que a grande quantidade de entorpecente encontrado na posse da apenada - aproximadamente 15 quilos de maconha - demonstra não ser cabível a aplicação do quantum de redução da pena em 1/2, como entendeu o revisor.

Em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diante da quantidade da droga apreendida, a pena deve ser reduzida em 1/4, montante que se mostra justo e suficiente para prevenção e reprovação do delito.

Readequação da pena.

Na primeira fase da dosimetria, o julgador a quo fixou a pena-base em 1 ano e 3 meses de reclusão e 125 dias-multa acima do mínimo legal, considerando desfavorável a quantidade de droga apreendida, a teor do disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

Entretanto, como lançado no voto minoritário, a quantidade de entorpecente deverá ser valorada na terceira fase da dosimetria, sob pena de incorrer no vedado ne bis in idem, pois tal elemento foi utilizado para aferir o quantum da minorante prevista no §4º da Lei de Drogas.

Assim, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, o magistrado aplicou a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena em 13 meses e 105 dias-multa, entretanto, deixo de aplicá-la em razão do contido na Súmula 231 do STJ:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Em resumo, apesar da embargante fazer jus à atenuante da confissão espontânea, sua pena já foi fixada no mínimo legal, não havendo assim a possibilidade de redução aquém do mínimo, nos termos do já referido enunciado.

Na terceira fase, incide a majorante do tráfico interestadual, fixada em 1/6 na sentença e a causa de diminuição do tráfico privilegiado, fixada em 1/4, restando a pena em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 438 dias-multa, a qual torno definitiva diante da inexistência de outras causas de aumento e diminuição da reprimenda.

Regime de cumprimento e substituição da pena.

Fixo o regime inicial semiaberto, com base no art. 33, §2º, b. do Código Penal.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que a pena aplicada é superior a 4 anos, na forma do art. 44,1, do CP.

Dispositivo.

Em parte com o parecer, acolho em parte os embargos para que prevaleça o voto minoritário proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, na parte em que reconheceu a causa de diminuição da pena referente ao tráfico privilegiado, todavia, fixo a fração em 1/4, diante da quantidade da droga apreendida, restando a pena definitiva em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 438 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto (fls. 331/335).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, verifico que o acórdão está em consonância com o entendimento desta Corte de que, na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), o Juiz deve levar em consideração a quantidade e/ou a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

Ademais, fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se proporcional a fração de 1/4 aplicada pelo Tribunal de origem, haja vista que a quantidade de drogas apreendidas foi muito grande (mais de 15 quilos de maconha), justificando em alguns casos até mesmo a vedação total da benesse.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido (HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes. Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, **este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006**, circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbetes Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo a que se nega provimento (AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Destarte, em razão da manutenção da pena aplicada à paciente – 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão –, o pleito quanto ao regime prisional e à substituição da pena por restritiva de direitos resta prejudicado.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0169361-1

HC 407.843 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024971720158120045 24971720158120045

EM MESA

JULGADO: 17/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

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	: TAIS DE FATIMA CANO OLIVEIRA (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.