



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.085 - MS (2015/0017891-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : MILTON MACHADO DA ROSA FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI N. 6.368/1976. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. LEI POSTERIOR QUE PODE RETROAGIR EM SUA INTEGRALIDADE, DESDE QUE EM BENEFÍCIO DO RÉU. PONDERAÇÃO FEITA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

– Em se tratando de tráfico de entorpecentes, a quantidade da droga apreendida pode justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal.

– Consoante o enunciado 501 da Súmula desta Corte, *é cabível a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação retroativa da Lei 11.343, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368, sendo vedada a combinação de leis.

– Hipótese em que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por entenderem que a incidência da Lei n. 6.368/1976 seria mais benéfica ao ora paciente. Assentaram que a figura do tráfico privilegiado não se amolda ao caso, por considerarem que o acusado dedica-se à atividade criminosa, ante a elevada quantidade da droga apreendida, qual seja, *130 quilogramas de maconha*, de elemento apto a afastar a causa de diminuição em tela.

– As instâncias ordinárias não promoveram a substituição da pena corporal e estabeleceram regime prisional mais gravoso com base na quantidade elevada do entorpecente apreendido, fundamentação que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes.

– *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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.085 - MS (2015/0017891-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : MILTON MACHADO DA ROSA FILHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MILTON MACHADO DA ROSA FILHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos da Apelação n. 0028776-61.2004.8.12.0001.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena corporal de 4 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (decisão de fls. 190/203).

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal revisor mantido íntegra a condenação, consoante acórdão assim ementado (fls. 244/245):

APELANTES MILTON E VANDERLEI. APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO APELANTE VANDERLEI - ACOLHIMENTO - INEXISTÊNCIA DE PROVAS SEGURAS PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - APELANTE VANDERLEI ABSOLVIDO - REFORMA DA DOSIMETRIA QUANTO AO APELANTE MILTON - REDUÇÃO DA PENA-BASE - DESCABIMENTO - MODULADORA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME BEM SOPESADA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 - INVIABILIDADE - VEDADA A COMBINAÇÃO DE LEIS - APLICAÇÃO INTEGRAL DA NOVEL LEGISLAÇÃO DESCARTADA - REQUISITOS DA MINORANTE NÃO ATENDIDOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Se o conjunto probatório é suficiente e harmônico no sentido de que os réus participavam efetivamente do tráfico de entorpecentes retratados nos autos, transportando drogas de Ponta Porã a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Campo Grande e coordenando a atuação dos demais, consoante testemunhos policiais colhidos em juízo sob o crivo do contraditório e ampla defesa, os quais estão corroborados com a apreensão da vultosa quantidade de maconha, dos veículos utilizados pelos traficantes e pelos demais elementos informativos reunidos na fase preparatória, não há falar em absolvição por ausência de provas.

II - Observando-se que os réus movimentam vultosa quantidade de drogas (cerca de 130 Kg de maconha), não resta dúvida que autorizada está a exasperação da pena-base, já que tal fundamentação se mostra adequada e expressa rigorosamente a exegese da moduladora das circunstâncias do crime.

III - Malgrada a possibilidade de retroatividade da lei penal mais benigna, tal efeito não permite ao magistrado arvorar-se em legislador, conjugando leis somente na parte em que beneficiam o agente, sob pena de criar-se uma terceira norma não existente no panorama jurídico. A retroatividade da lei somente pode ocorrer na sua integralidade, vedando-se a combinação de leis. Todavia, no caso, o caráter de lei mais benéfica somente seria observado caso fosse possível a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, para qual o réu não atende aos requisitos, pois os elementos constantes do feito evidenciam que ele se dedica à atividade criminoso.

IV - Na fixação do regime prisional o magistrado leva em conta não somente o artigo 33, § 2º, do Código Penal, mas também as condições pessoais (artigo 33, § 3º, c/c 59, ambos do Código Penal), podendo ser mantido o regime inicial mais gravoso que aquele aferido apenas mediante a observação do requisito objetivo (quantidade da pena) se o réu conta com circunstância judicial predominantemente avaliada de forma negativa.

V - Se a valoração das circunstâncias judiciais evidencia a maior afetação à saúde pública (quantidade expressiva de drogas), impossível torna-se aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que a medida não se mostra suficiente, a rigor do inc. III do art. 44 do Código Penal.

VI - Recurso parcialmente provido apenas para absolver o réu Vanderlei, mantendo, no mais, irretocada a sentença monocrática.

Pretendendo a revisão da dosimetria, alega a impetrante que **"a pena-base foi exasperada de maneira indevida, pois 131,446 kg de maconha não se enquadram em condições válidas a majorar a pena em 02 anos, com base na 'quantidade da droga' (art. 59 do CP)"** (fl. 8).

Sustenta, ainda, ser "imperativo a aplicação retroativa da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena descrita no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 (porque *novatio legis in melius*), cujo patamar - variável de 1/6 a 2/3 - deverá incidir sobre a pena provisória fixada ainda nos termos do art. 12 da Lei n. 6.368/1976" (fl. 15).

Ao final, caso seja reconhecido o tráfico privilegiado, pugna pela fixação do regime aberto e pela pena substitutiva.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da sentença e do acórdão, até o julgamento do mérito deste *writ*.

Pedido liminar indeferido (fls. 275/277).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (fls. 287/294).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.085 - MS (2015/0017891-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena-base, o reconhecimento do tráfico privilegiado, na fração máxima e, em consequência, a aplicação do art. 44 do CP e o estabelecimento de regime de cumprimento de pena menos severo.

Sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante, ao condenar o ora paciente por infração delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 5 anos de reclusão, ante a elevada quantidade da droga apreendida. Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão, a pena foi reduzida em um ano, restando a sanção definitiva em 4 anos de reclusão, pois ausentes causas de aumento e de diminuição (fls. 200/201).

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve íntegra a condenação e, com relação à pena-base aplicada, destacou que (fls. 259/260):

Nesse prospecto, a fundamentação declinada se revela suficiente para considerá-la desabonadora, eis que a maior afetação do bem jurídico decorrente da vultosa quantidade de drogas movimentada pelos apelantes (cerca de 130 kg de maconha) representa maior danosidade da conduta passível de autorizar a majoração da pena-base.

(...)

Impende destacar que, ao contrário do que sustenta a d. Defesa, a exasperação da reprimenda na 1ª fase da dosimetria mediante a consideração da quantidade de drogas não configura a alegada irretroatividade in malam partem, eis que o art. 42 da Lei n. 11.343/06 apenas dispõe que tal fator (quantidade de drogas) será considerado com preponderância sobre as outras circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Assim, a possibilidade de valorar a quantidade de drogas não se trata de novidade trazida pela Lei 11.343/06, podendo ser realizada mesmo nos casos anteriores à vigência daquele diploma legal, mormente porque é um dos fatores a apontar a medida do envolvimento com a prática delitiva, possibilitando que os traficantes sejam tratados de modo proporcional, já que aqueles que lidam com vultosas quantidades (como ocorre no presente caso) certamente carecem de maior reprovação, nos termos acima delineados.

Desse modo, tenho como improcedente o pedido de redução da pena-base, eis que dosada corretamente segundo os critérios legais.

Pela leitura do excerto acima transcrito, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida, qual seja, **130 kg**, elemento apto a justificar a exasperação da pena, consoante reiterados julgados desta Corte Superior, que destaco:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME DE SANIDADE MENTAL. REALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

5. O Tribunal de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 330.656/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015) - (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ATENUANTE QUE DEVE SER CONSIDERADA, SEM EFEITOS NO MONTANTE DE PENA, JÁ REDUZIDA AO MÍNIMO PELA APLICAÇÃO, NA SEGUNDA FASE, DA ATENUANTE DE MENORIDADE. ENUNCIADO N. 231 DA SÚMULA DESTA CORTE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE APRESENTA MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A quantidade, natureza e diversidade de drogas constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a grande quantidade da droga apreendida - 34 porções de maconha pesando 52,3 gramas e 261 invólucros contendo cocaína, com peso de 107,8 gramas.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, sem alteração na pena. (HC 317.780/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015) - (grifei).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12 E 14 DA LEI 6.368/1.976). HC CONCEDIDO, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR, COMO REQUISITO OBJETIVO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME, A OBSERVÂNCIA DO ART. 112 DA LEP. DOSIMETRIA DA PENA. NULIDADE DO ACÓRDÃO A QUO. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA EM SEGUNDO GRAU QUE BENEFICIOU O AGRAVANTE, COM A ABSORÇÃO DO CRIME DO ART. 13 PELO DO ART. 12 DA ANTIGA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

5. A pena-base foi majorada em 1/6 pelo julgador singular, percentual mantido pelo Tribunal estadual, dentre outros motivos, pela elevada culpabilidade do ora agravante, em razão da grande quantidade e do tipo da droga apreendida (cocaína e crack), além de maquinário e instrumentos destinados à sua fabricação, produção e transformação.

6 A quantidade ou o tipo da droga apreendida, o fato de o crime ter sido cometido por quadrilha, que não só vendia, mas refinava o entorpecente, são circunstâncias suficientes para o aumento da pena-base.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 286.666/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 22/06/2015) - (grifei).

Quanto ao pleito de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, esta Corte Superior de Justiça, no julgamento, pela Terceira Seção, do EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, firmou o entendimento no sentido de aplicar, por inteiro, a nova lei, ou seja, a Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga (Lei n. 6.368/1976), dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida à lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfico, dependendo do caso concreto.

A matéria, inclusive, encontra-se consolidada no enunciado 501 da Súmula desta Corte, que dispõe: *"É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368, sendo vedada a combinação de leis"*.

No caso em tela, em relação à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o sentenciante consignou que (fl. 199):

Na hipótese em apreço, possível afirmar-se de antemão que o art. 12 da Lei 6.368/16 é o mais benéfico aos réus.

Isso porque as circunstâncias em que se deu o conduta delitiva - em especial a quantidade da droga (mais de 100 quilogramas) que deve prevalecer sobre as demais na dosimetria - afastam a possibilidade de fixação da pena mínima e incidência máxima da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Neste contexto, a aplicação da Lei nova certamente resultaria em pena mais elevada do que a prevista no art. 12 da Lei 6.368/76.

O Tribunal de origem, por sua vez, no julgamento do recurso defensivo, ponderou que (fls. 261/262):

Apesar da vedação à combinação de leis, possível é ponderar qual diploma legal apresenta-se mais benéfico ao caso concreto, eis que cabível sua aplicação integral.

Na hipótese dos autos, tal efeito somente seria observado caso incidisse a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (sobre a pena cominada na nova Lei, logicamente), todavia os apelantes não atendem aos requisitos exigidos para a aplicação da referida minorante, isso porque as peculiaridades do caso concreto evidenciam que eles se dedicam à atividade criminosa, não se tratando de meros traficantes eventuais.

Note-se que houve apreensão de cerca de 130 Kg de maconha, que estavam acondicionados em diversas embalagens confeccionadas com fitas plásticas (tabletes) e ocultados em diversos pontos da cidade. Além do mais, o entorpecente foi transportado de outra cidade para Campo Grande, a maior parte por intermédio de veículo previamente preparado (confecção de compartimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oculto), sendo ainda um segundo automóvel com as mesmas características (preparação para ocultação de drogas) utilizado para deslocar as remessas de maconha entre diversos pontos desta Capital.

A grande quantidade de drogas, bem como a forma como foram transportadas e ocultadas, são elementos que levam à inequívoca conclusão de que os apelantes se dedicam verdadeiramente à atividade criminosa.

Nesse prospecto, frente ao não atendimento aos requisitos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, impossível torna-se a aplicação da referida causa de diminuição, inviabilizando, pois, a retroação do aludido diploma legal.

Os excertos acima transcritos demonstram que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por entenderem que a incidência da Lei n. 6.368/1976 seria mais benéfica ao ora paciente, razão pela qual aplicou a legislação antiga integralmente.

Dessa forma, deve ser mantida a sanção imposta com base na Lei n. 6.368/1976, tendo em vista ser mais benéfica ao paciente que a prevista na *lex posteriori*, pois, como visto, o sentenciante assentou que a figura do tráfico privilegiado não se amolda ao caso em tela, por entender que o acusado dedica-se à atividade criminosa, ante a elevada quantidade da droga apreendida, elemento apto a afastar a causa de diminuição em tela.

A propósito, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/76. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO FRACIONADA DE LEI. PONDERAÇÃO DE LEIS REALIZADA NA ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. PEDIDOS NÃO DEDUZIDOS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- A Terceira Seção entende que a aplicação retroativa do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas deve ser verificada, caso a caso, a fim de se aferir a situação mais vantajosa ao condenado, isto é, se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é mais baixa - ou a aplicação da nova lei com a incidência da causa de diminuição, sem se admitir, contudo, a combinação dos textos legais, sob pena de contrariar a lógica da nova legislação, criando uma norma híbrida.

- Na hipótese, o Tribunal de origem já fez a ponderação entre os diplomas legais, constatando que a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/06, em sua integralidade, é mais gravosa à paciente, pois se a pena-base for fixada no mínimo legal, ausentes atenuantes e agravantes, e incidir a causa de diminuição prevista no § 4º da referida Lei no patamar mínimo de 1/6, em face da grande quantidade e da natureza da droga apreendida (406,9 KG de maconha), a pena restaria definitiva em 4 anos, 2 meses e 417 dias-multa, superior, portanto, ao quantum de pena imposta na sentença.

- O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 é expresso ao afirmar: "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". Precedentes.

- Pedido de fixação de regime e substituição de pena não deduzidos na instância ordinária, inviabilizando a sua análise nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 223.199/MS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 26/02/2015) - (grifei).

Quanto ao pleito de substituição da pena corporal e abrandamento do regime, verifica-se que as instâncias ordinárias negaram o benefício do art. 44 do CP e fixaram o regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 4 anos comporta, com base em fundamentação efetiva, qual seja, a quantidade da droga apreendida (fl 201 e fls. 262/263), justificativa que se encontra em consonância à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

Nessa linha:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015) - (grifei).

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida *ex officio* por este Tribunal Superior, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0017891-6

HC 315.085 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 001040287760 00287766120048120001 1040287760 20060072030000000 24212004
287766120048120001

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **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	: MILTON MACHADO DA ROSA FILHO
CORRÉU	: JÚNIOR CÉSAR BENITES MAIDANA
CORRÉU	: GUSTAVO DA SILVA GUIDO
CORRÉU	: ERIBERTO GIMENES
CORRÉU	: VANDOILSON PEREIRA DE LIMA
CORRÉU	: VANDERLEI PEREIRA DE LIMA
CORRÉU	: MAXIMIANO BRAZ MENEZES

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.