



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.680 - MS (2016/0314569-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EDSON DOS SANTOS VIEIRA
PACIENTE : ANDRIELLY RAYANE BATISTA DE ASSIS MASACOTE

EMENTA

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

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

2. Contudo, 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 ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO COM RELAÇÃO À CORRÉ.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso levaram à conclusão de que o corréu dedicava-se à prática criminosa.

3. Com relação à corré, as instâncias de origem afastaram a aplicação do benefício, em razão das circunstâncias do caso concreto, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa. Entretanto, a quantidade da referida droga não é relevante, impondo a sua incidência.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/2 (metade).

REGIME INICIAL ABERTO. REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO PARA PATAMAR INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE.

1. Redimensionada a reprimenda para patamar inferior a 4 (quatro) anos, proporcional o estabelecimento do regime aberto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do art. 33, § 2º do CP.

2. Ausente os requisitos legais previstos, em razão das circunstâncias do caso concreto, inadmissível a substituição da pena privativa pela restritiva de direitos.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de redimensionar a pena da paciente para 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e multa.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.680 - MS (2016/0314569-1)

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 : EDSON DOS SANTOS VIEIRA
PACIENTE : ANDRIELLY RAYANE BATISTA DE ASSIS MASACOTE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de EDSON DOS SANTOS VIEIRA e ANDRIELLY RAYANE BATISTA DE ASSIS MASACOTE contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que deu parcial provimento à Apelação n. 0000729-34.2015.8.12.0020, para reduzir a pena de EDSON a 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo e de ANDRIELLY para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que os pacientes fariam jus à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, haja vista a primariedade e a ausência de indícios que demonstrassem dedicação à atividade delituosa ou participação em organização criminosa, sobretudo em razão da pequena quantidade de droga apreendida.

Alega que, aplicada a indicada minorante, seria cabível o abrandamento do regime inicial para outro menos gravoso e a substituição da pena privativa pela restritiva de direitos, em razão do preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 33 e 44 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja adotado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, mitigado o regime inicial para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto e substituída a pena privativa por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração ou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.680 - MS (2016/0314569-1)

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:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. INSURGÊNCIA CONTRA A FRAÇÃO DE AUMENTO DE 3/8 PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE AGENTES. CRITÉRIO QUANTITATIVO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO PARA 1/3. PENA REDIMENSIONADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir a pena do paciente para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

(HC 373.802/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016)

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 os pacientes foram condenados às penas de 6



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1 (um) ano de detenção, e pagamento de 610 (seiscentos e dez) dias-multa (EDSON) e 6 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa (ANDRIELLY), pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06 e 12 da Lei n. 11.826/03 (EDSON), porque:

"[...] no dia 13 de janeiro de 2015, por volta das 19h30, na residência localizada na Rua Mohamed Alle, nº 232, centro, em Rio Brilhante/MS, os denunciados Edson dos Santos Vieira e Andrielly Rayane Batista de Assis Masacote, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, de forma livre e voluntária, agindo em coautoria e em unidade de desígnios, associados para o tráfico ilícito de entorpecentes, vendiam, tinha em depósito e forneceram substância entorpecente (droga) sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

No mesmo dia, hora e local, os denunciados Edson dos Santos Vieira e Andrielly Rayane Batista de Assis Mazacote, ciente da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, de forma livre e voluntária, possuíam no interior de sua residência arma de fogo e munições de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar." (e-STJ fls. 15/16)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe deu parcial provimento para reduzir as penas a 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa (EDSON) e 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa (ANDRIELLY), pela prática dos delitos descritos nos arts. 33 da Lei n. 11.343/06 e 12 da Lei n. 10.826/03 (EDSON).

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, observa-se que o Colegiado manteve a decisão que afastou a referida benesse, sob o seguinte fundamento, a saber:

"A pretensão de aplicação da minorante do § 4º. do art. 33 da Lei de Drogas, ao argumento de que estão preenchidos os requisitos legais, não merece acolhimento.

De todos os elementos dos autos, conclui-se que os apelantes não são "traficantes de primeira viagem", mas que pela primeira vez foram pegos pela polícia, todavia, mantinham ponto de venda de drogas conhecido como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Boca de Fumo" e aliado as demais circunstâncias dos autos (apreensão de arma e munições no local, palavras dos policiais acerca do recebimento de diversas denúncias da traficância pelo casal) caracteriza nitidamente a dedicação à atividade criminosa.

Ressalta-se que o próprio acusado, em juízo, admitiu que vendia drogas há aproximadamente dois ou três meses (fl.136 - arquivo audiovisual)

Constata-se dos depoimentos dos policiais (fls. 11-12, 136 e 157) que ao entrarem na residência dos acusados surpreenderam a ré Andrielly com um prato em seu colo preparando a droga para venda.

Referida causa de diminuição de pena é definida pela doutrina como uma chance ao "traficante de primeira viagem", ou seja, aquele que se envolve no tráfico por um "deslize de conduta", como um fato isolado em sua vida, o que não é o caso dos autos."(e-STJ fls. 442/443)

Nota-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Quanto ao paciente ÉDSON, a Corte *a quo*, constatando que dedicava-se a atividades criminosas, com base na informação de que responde ação penal por homicídio (e-STJ fl. 441) e nas circunstâncias em que perpetrado o flagrante, no qual foram apreendidas armas e munição e, inclusive, em sua confissão de que vendia drogas há 2 ou 3 meses (e-STJ fl. 442), deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista o não preenchimento dos requisitos legais.

Desta forma, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, pois fundamentadamente rechaçaram a sua incidência *in casu*, em razão de *"que as circunstâncias da prática delituosa evidenciam que o paciente integra organização criminosa e se dedica a atividades criminosas."*(HC 356.185/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Quanto a ANDRIELLY, o Tribunal de origem mitigou a incidência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício com esteio nas circunstâncias do delito, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa, entretanto tal fundamento não se revela idôneo, tendo em vista que aliada aos fatos dos autos, a quantidade do referido entorpecente não foi relevante, tratando-se de **15 g de pasta base de cocaína** (e-STJ fl. 49).

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de motivação suficiente a legitimar a escolha da fração de redução da reprimenda. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso concreto a redução em 1/2 (metade).

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 6 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 600 dias-multa.

Na segunda fase, em razão da incidência da menoridade a pena foi reduzida em 6 (seis) meses, restando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na última etapa, reduzindo-se a sanção em 1/2 (metade), a reprimenda resta definitiva em **2 (um) ano e 9 (dez) meses de reclusão e pagamento de 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa**.

Redimensionada a pena para patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, proporcional a fixação do regime inicial aberto para a paciente, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa pela restritiva de direitos, em razão das circunstâncias do flagrante, e pelo fato de ter sido surpreendida a paciente embalando a droga, na presença de seu filho menor (e-STJ fl. 442), constata-se que sua vedação é a forma mais adequada à prevenção e repressão de delito imputado.

Com relação à EDSON, no que tange à alteração do regime inicial de cumprimento e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e, por consequência, a manutenção da sanção tal como fixada pela Corte estadual, tem-se que tais pedidos estão prejudicados.

Ante o exposto, não se conhece do *habeas corpus*, concedendo-se,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contudo, a ordem de ofício, a fim de redimensionar a pena de ANDRIELLY para 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e pagamento de 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa, em regime inicial aberto, mantidos os demais termos da decisão impugnada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0314569-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 380.680 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001092220158120020 00003733920158120020 00007293420158120020
1092220158120020 3733920158120020 7293420158120020

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

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	: EDSON DOS SANTOS VIEIRA
PACIENTE	: ANDRIELLY RAYANE BATISTA DE ASSIS MASACOTE

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 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.