

**HABEAS CORPUS Nº 567.826 - MS (2020/0072410-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
ANTONIO JOAO DE ANDRADE - MS004835B  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : JAIR DA CRUZ FERREIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de JAIR DA CRUZ FERREIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 0000014-60.2019.8.12.0049).

O paciente foi condenado na forma do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 416 dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação, pretendendo a absolvição ou a redução da pena base para o mínimo legal, com a aplicação da redutora do § 4º, do art. 33, da Lei n.11343/06, no máximo previsto. A Corte Estadual negou provimento ao recurso em acórdão assim resumido:

*E M E N T A – APELAÇÃO DEFENSIVA – ART. 33, DA LEI 11.343/2006 – PLEITO ABSOLUTÓRIO OU DECLASSIFICATÓRIO PARA POSSE. INVIÁVEL. PROVAS SUFICIENTES DA TRAFICÂNCIA – QUANTUM DE REDUÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. MANTIDO – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITO – INCONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE (ART. 61,I, CP). AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO. – Inviável alterar o édito condenatório da sentença, se as provas constantes dos autos são suficientes para configurar a traficância, notadamente o depoimento policial e confissão extrajudicial da apelante.*

*Não há que se falar em desclassificação para posse (art.*

28), se as provas demonstram efetiva traficância.

Plenamente possível a utilizar da natureza da droga apreendida (cocaína) para modular a minorante do artigo 33, § 4º, Lei 11.343/2006. Não bastasse tal fato, embora não se tenha provado que o apelante incidiu nas penas do artigo 35, da Lei 11.343/2006, o que se tem é que a atuação do recorrente era sempre em conjunto com a outra apelada, qual seja em coautoria, dentro de sua residência, onde também residiam crianças menores de idade (seus próprios filhos) o que é considerado circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado e mantendo o patamar fixado na sentença.

Diante da pena fixada na sentença, mantém o regime lá fixado, o que também impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos.

Conforme decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal: "Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência".

**DE OFÍCIO: RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO E REDIMENSIONAMENTO DA PENA APLICADA À RÉ VERA.** A apelante confessa a autoria delitiva na fase extrajudicial e tal fato foi utilizado para corroborar o édito condenatório. Logo, é de rigor o reconhecimento da atenuante, com a consequente compensação com a agravante "reincidência" e redimensionamento da pena. (REsp n. 1.341.370/MT, STJ, sob o rito dos recursos repetitivos - art. 543-C, do Código de Processo Civil).

Na presente impetração, sustenta a Defensoria a possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no seu grau máximo, diante da ínfima quantidade de droga apreendida.

Requer, em liminar e no mérito, a redução da pena pela aplicação no grau máximo da causa de diminuição, com os devidos reflexos no regime inicial de cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

Diante do novel posicionamento jurisprudencial do STF e desta Corte onde não deve ser conhecido o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, tenho por prudente determinar o processamento do feito somente para verificação da existência de

# *Superior Tribunal de Justiça*

eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Em uma análise preliminar dos autos, não vislumbro a presença conjunta do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para a concessão da medida liminar.

Ademais, a matéria ora ventilada implica o exame da idoneidade e razoabilidade dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias, providência inviável em análise inicial dos autos. Por se tratar de antecipação meritória, a alegação deve ser analisada pelo douto Colegiado, no momento oportuno e após manifestação do Ministério Público Federal.

Diante do exposto, indefiro a liminar.

Devidamente instruído, dispenso a requisição de informações.

Encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator