



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

PGR-MANIFESTAÇÃO- 215114/2015

HABEAS CORPUS 130.438 PERNAMBUCO

RELATOR :MIN. EDSON FACHIN

PACTE.(S) :CLÉCIO SILVA VIEIRA

IMPTE.(S) :JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO(A/S)

COATOR :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Senhor Ministro-Relator:

1. O paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Irresignada, a defesa interpôs apelação, à qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/6. Posteriormente, a defesa impetrou o HC nº 321.698/PE no Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu da ordem. Sobreveio, então, agravo regimental, que foi desprovido, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENALIDADE. FRAÇÃO DE 1/6. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que devem ser analisadas, para a escolha da fração de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (preponderância da natureza e quantidade da droga sobre as circunstâncias judiciais).

2. Na hipótese presente, o patamar de 1/6 de diminuição de pena foi fixado levando-se em consideração a quantidade de droga apreendida, a saber, 500 g de maconha. Sendo assim, não há falar em constrangimento ilegal na negativa de imposição da pretendida fração de 2/3.

3. Agravo regimental improvido.

2. O presente writ busca a readequação da a pena, para que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4 da Lei 11.343/2006, seja aplicada no seu patamar máximo de 2/3, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade e a alteração do regime inicial da execução.

3. De pronto se percebe a inadequação da via eleita, pois o *habeas corpus* originário não pode ser substitutivo de recurso ordinário.

4. Contudo, há espaço para a concessão da ordem de ofício.

5. O Juízo de primeiro grau fixou a pena-base em 5 anos de reclusão, e não se pronunciou sobre a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

6. O Tribunal de Justiça, por sua vez, aplicou a minorante do § 4º do art. 33, na fração de um terço (1/6), por conta da natureza e quantidade da droga, chegando à pena final de 4 anos e 2 meses de reclusão.

7. E, no caso, a redução de um sexto correspondente à minorante do § 4º do art. 33, não se mostra desproporcional. A pena-base ficou no patamar mínimo e, portanto, a qualidade e quantidade da droga não foram sopesadas na primeira fase, valendo observar, conforme decidido pelo Plenário nos Habeas Corpus 109.193/MG e 112.776/MS (j. 19.12.2013), que essas circunstâncias, quando não utilizadas na primeira fase, podem ser invocadas na terceira fase para, sem *bis in idem*, avaliar o grau de dedicação à atividade delitiva e, assim, justificar fixação da fração de redução pela causa especial (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006).

8. Por outro lado, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos está inviabilizada pela quantidade da pena imposta.
9. Contudo, não havendo circunstâncias desfavoráveis, a pena imposta, 4 anos 2 meses, permite que a execução tenha início no regime semiaberto (CP: art. 33, § 2º, c).
10. Isso posto, opino pela concessão parcial da ordem, para que seja alterado o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Brasília, 14 de outubro de 2015.

EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Grace Campos