



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 156.952 - RJ (2009/0242849-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI  
IMPETRANTE : MARIA EMILIA DOS SANTOS LOUZADA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : ERIC FERNANDES DELERUE (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTE PRATICADO POR AGENTE PENITENCIÁRIO DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ESCOLHA DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na escolha e manutenção da fração de 1/3 (um terço), por força do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto - agente penitenciário flagrado, dentro do estabelecimento prisional em que exercia suas funções, na posse de substância entorpecente que teria como destino o comércio proscrito dentro do presídio -, especialmente em se considerando a existência de indícios de que não seria a primeira vez que assim agia.

CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISOS II E III DA LEI 11.343/2006. SUSTENTADA OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, **diretamente** por esta Corte Superior de Justiça, da alegada ocorrência de *bis in idem* na terceira fase da dosimetria da pena, em razão de terem sido aplicadas as causas de aumento previstas nos incisos II e III, do art. 40, da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que essa questão não foi apreciada pela instância de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

### ACÓRDÃO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 156.952 - RJ (2009/0242849-1) (f)**

IMPETRANTE : MARIA EMILIA DOS SANTOS LOUZADA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : ERIC FERNANDES DELERUE (PRESO)

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ERIC FERNANDES DELERUE contra acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 2008.050.03603, interposta pela defesa, para aumentar a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e reduzir o *quantum* de aumento de pena em razão das majorantes insculpidas no art. 40, incisos II e III, da mesma lei federal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 415 (quatrocentos e quinze) dias-multa, imposta pela prática do crime de tráfico de drogas cometido por funcionário público no interior de estabelecimento prisional (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06).

Sustenta a impetrante que, embora tenha o Tribunal de origem fixado a pena-base no mínimo legal, na segunda fase da dosimetria não poderiam incidir ambas as causas de aumento previstas no artigo 40, incisos II e III, da Lei n. 11.343/06, já que o paciente, à época dos fatos, era agente penitenciário, local onde exercia a sua função pública, tratando-se, portanto, de aplicação de pena em indevido *bis in idem*.

Assevera que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, do aludido diploma legal foi aplicada em fração inferior à máxima prevista sem que fosse apresentada a devida fundamentação.

Pretendeu, liminarmente, que o aumento de pena em razão das circunstâncias previstas no artigo 40, inciso II e III, da Lei n. 11.343/06, fosse aplicado na fração de 1/6 (um sexto), bem como que a incidência da causa de diminuição mencionada fosse feita na proporção máxima, ou seja, 2/3 (dois terços), determinando-se, conseqüentemente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, tendo em vista que este encontrava-se encarcerado desde 16-10-2007. No



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

mérito, requereu a confirmação do pleito liminar.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, e, caso seja conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 156.952 - RJ (2009/0242849-1) (f)

### VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente, agente penitenciário, foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, incisos II e III, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 16-10-2007, foi flagrado no interior de estabelecimento prisional levando consigo 58 g (cinquenta e oito gramas) da substância entorpecente conhecida como "maconha", acondicionada em um tablete, para entrega a terceiros (fls. 26).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para reduzir a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de multa, aumentar para 1/3 (um terço) a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e reduzir para 1/4 (um quarto) o *quantum* de aumento de pena em razão das majorantes inculpidas no art. 40, incisos II e III, da mesma lei federal, tornando a reprimenda da paciente definitiva em em **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 415 (quatrocentos e quinze) dias-multa**, mantido, no mais, o édito condenatório.

Inicialmente, no que tange ao *quantum* de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, cumpre esclarecer que, em relação aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: "Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do *quantum* da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas" (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).*

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: *"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, a personalidade e a conduta social do agente".*

*In casu*, verifica-se que o juiz de primeiro grau aplicou a referida causa especial de diminuição na menor fração legalmente prevista, apontando os seguintes fundamentos, *in verbis*:

*No tocante às causas de diminuição de pena, constato a possibilidade da aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, considerando que o acusado é primário e portador de bons antecedentes e que não restou comprovada sua participação em organização criminosa. Porém, como as notícias chegadas à Direção do Presídio Ary Franco foram no sentido de que o réu costumava comercializar substâncias entorpecentes e celulares no interior do estabelecimento prisional, sendo este o motivo da cerrada vigilância exercida sobre o mesmo, até o momento em que foi surpreendido em flagrante, caracterizando que não se tratava de um fato isolado em sua lamentável conduta funcional, reduzo as sanções acima estipuladas em apenas 1/6 [...] (fls. 65)*

A Corte impetrada, por sua vez, entendeu que a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 deveria ser aplicada na fração de 1/3 (um terço), sob o argumento de que este seria o *quantum* "razoável e condizente com as circunstâncias do delito" (fls. 74).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, não se pode acoimar de ilegal o acórdão objurgado no ponto em que não aplicou a fração máxima legalmente prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto - o paciente, agente penitenciário, foi preso em flagrante, no interior de estabelecimento prisional em que exercia suas funções, levando consigo 58 g (cinquenta e oito gramas) da substância entorpecente conhecida como "maconha", que teria como destino o comércio proscrito dentro do presídio - fatores que, à toda evidência, autorizam a escolha da menor fração de redução, dada a maior reprovabilidade da conduta imputada a ERIC, especialmente em se considerando a existência de indícios de que não seria a primeira vez que assim agia.

Com efeito, na sentença frisou-se que *'as notícias chegadas à Direção do Presídio Ary Franco foram no sentido de que o réu costumava comercializar substâncias entorpecentes e celulares no interior do estabelecimento prisional, sendo este o motivo da cerrada vigilância exercida sobre o mesmo, até o momento em que foi surpreendido em flagrante, caracterizando que não se tratava de um fato isolado em sua lamentável conduta funcional'* (fls. 65), tudo a autorizar a redução de pena na forma como procedida pela instâncias ordinárias, afastando, assim, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita.

Relativamente à alegada ocorrência de *bis in idem* na segunda fase da dosimetria da pena, tendo em vista a aplicação de ambas as causas de aumento previstas nos incisos II e III, do artigo 40, da Lei n. 11.343/06, ao caso concreto, verifica-se que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, pelo que inviável a apreciação dessa questão **diretamente** por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Nesse vértice, o seguinte precedente:

[...]

**1. Não tendo as matérias relativas à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena sido apreciadas pelo Tribunal de origem no julgamento do habeas corpus originário, a análise da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça acarretaria indevida supressão de instância. Precedentes.**

[...]

**8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, deferida em**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*parte para desconstituir o decreto prisional cautelar, determinando a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, sem prejuízo de que venha a ser novamente decretada, com demonstração inequívoca de sua necessidade." (HC n.º 155.462/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-4-2010, DJe 10-5-2010)*

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, denega-se a ordem.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0242849-1

**HC 156.952 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070011347846    20070011750288    3603    36032008

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARIA EMILIA DOS SANTOS LOUZADA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : ERIC FERNANDES DELERUE (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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.