



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 135.969 - SP (2009/0089746-3)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODOLFO LIMA RODRIGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. ESCOLHA DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO ACERTADA. 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. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias em que cometido o delito - com a participação de adolescente - a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 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 almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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

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, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.969 - SP (2009/0089746-3)

IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODOLFO LIMA RODRIGUES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de RODOLFO LIMA RODRIGUES, contra acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 990.08.018046-0, negou provimento ao recurso defensivo e proveu, em parte, o apelo da acusação, elevando a sanção do paciente, ao argumento de que a redução máxima, constante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, seria incompatível com a participação de menor na empreitada criminosa, fazendo incidir, assim, a causa de diminuição em 1/6 (um sexto), e não em 1/3 (um terço), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n.º 11.343/06.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o fundamento de que, além de o aresto impugnado sequer ter mencionado "*o motivo pelo qual entende que é incompatível a redução máxima*" em razão da participação de menor/adolescente na prática delituosa (fl. 4), em flagrante ofensa ao art. 93, IX, da CF/88, fundamentou a redução no percentual mínimo em causa não prevista legalmente, não podendo, por isso, persistir a decisão.

Assevera, outrossim, que o paciente preencheria todos os requisitos subjetivos e objetivos para a aplicação da fração máxima prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista ser primário, com bons antecedentes e não fazer parte de qualquer organização criminosa, razões pelas quais mostrar-se-ia equivocado o entendimento adotado pelo Tribunal de origem, sobretudo porque entende que a quantidade de droga apreendida seria reduzida.

Defende, ainda, que seria totalmente cabível, no caso, a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, ainda que a condenação seja por tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, visto que, no seu entender, a vedação contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 seria incompatível com o ordenamento constitucional, vez que violaria os princípios da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso, sobretudo porque entende que estariam preenchidas todas as condições necessárias para ter em seu favor a permuta almejada.

Requeru, assim, a concessão sumária da ordem, para que fosse aplicada a redução de pena máxima de 2/3 (dois terços) prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, bem como substituída a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por restritivas de direitos, confirmando-se a medida ao final, quando do julgamento de mérito do *mandamus*.

A liminar foi indeferida.

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.969 - SP (2009/0089746-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca a presente impetração seja aplicado, em favor do paciente, o redutor máximo de 2/3 (dois terços) previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, e não de 1/6 (um sexto), como procedido pela Corte de origem, reduzindo-se, conseqüentemente, a reprimenda irrogada, bem como seja determinada a substituição da sanção reclusiva por penas restritivas de direitos.

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 foi condenado, em primeiro grau, à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 389 (trezentos e oitenta e nove) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, pelo cometimento dos fatos a seguir descritos:

Segundo a denúncia, em 1 de junho de 2007, por volta das 03:30, [...], agindo com unidade de desígnios e em concurso entre si e com o adolescente D. F. B., os acusados traziam consigo e guardavam, com a finalidade de venda, 22,2 g de cocaína e 29,3 g de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (fl. 17)

Irresignadas, ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao apelo defensivo e provido, em parte, o recurso ministerial, para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), e não em 1/3 (um terço), como procedido pelo juiz sentenciante, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantido, no mais, o édito condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relativamente ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o juiz singular assim se manifestou:

[...] quanto à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, e considerando a ausência de qualquer elemento que indique que o acusado integre ou interaja com grupos ou associações criminosas, sendo ainda primário e de bons antecedentes, diminui-se a pena até então estipulada em 1/3, gerando 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 389 dias-multa.

O patamar de diminuição máximo não pode ser deferido, em razão da expressiva quantidade de entorpecente encontrada com o acusado, que indica maior periculosidade de sua parte, considerando o maior risco ocasionado à saúde pública. (fls. 24-25)

A Corte impetrada, por sua vez, dando parcial provimento ao recurso ministerial, entendeu devida a aplicação da minorante em questão no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), pelos fundamentos a seguir expostos:

Nesta fase merece reforma o cálculo da pena. Em casos anteriores, tenho aplicado a redução de 1/6, o que totaliza 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 486 dias-multa, piso mínimo. Entendo que a redução máxima é incompatível com a participação de menor na empreitada criminosa. E não se diga que se trata de 'bis in idem': o § 4º do art. 33 prevê favor excepcional e, para sua concessão, devem levar-se em conta todas as circunstâncias, inclusive os anteriormente considerados na fixação da pena que seria a norma se não existisse o beneplácito especialmente previsto. (fl. 35)

Cumprе esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda 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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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"*.

Nesse contexto, sem razão o impetrante quando sustenta a ausência de fundamentação idônea para a escolha da fração mínima de redução, pois o argumento utilizado pela Corte de origem - participação de adolescente na empreitada criminosa - pode ser enquadrado como "circunstâncias do delito", expressamente prevista no art. 59 do CP, e somente não utilizada pelo sentenciante para elevar a pena-base para não se incorrer no vedado *bis in idem*, eis que considerada na terceira etapa da dosimetria, quando se fez incidir, no patamar de 1/6 (um sexto), a majorante prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/06, que dispõe que:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

Dessa forma, pode, sim, ser levada em conta na escolha do patamar de mitigação, pois, consoante bem observado no acórdão impetrado, *"o § 4º do art. 33 prevê fator excepcional, e para sua concessão devem levar-se em conta todas as circunstâncias, inclusive as anteriormente consideradas na fixação da pena"* (fls. 35).

Ademais, na sentença frisou-se que o patamar máximo de redução não poderia ser aplicado em favor do réu, dada a quantidade de entorpecente encontrado em seu poder (fls. 24), e, na esteira do firme entendimento sufragado no âmbito desta Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução (HC n.º 127.247/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, QUINTA TURMA, DJe 26-10-2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, verifica-se que a natureza e a diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente - **22,2 g de cocaína e 29,3 g de maconha** (fl. 17), divididas em 19 e em 8 papé debates, respectivamente - e o fato de ter-se utilizado de um menor para a disseminação das substâncias entorpecentes, justificam a aplicação da fração escolhida pelo Tribunal impetrado, qual seja, em 1/6 (um sexto), sobretudo considerando a nocividade de um dos tóxicos encontrados - cocaína - que é maior do que a de outras drogas.

No que tange à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, inviável proceder-se a permuta, tendo em vista que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a sua apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão da 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 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: 2009/0089746-3

HC 135.969 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10212007 990080180460

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RODOLFO LIMA RODRIGUES

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.