



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.588 - DF (2014/0069579-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : THIAGO LINO TONACO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : THIAGO LINO TONACO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. O tema referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 80 micropontos de LSD - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.588 - DF (2014/0069579-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : THIAGO LINO TONACO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : THIAGO LINO TONACO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado de próprio punho pelo Paciente THIAGO LINO TONACO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Apelação Criminal n.º 20090110379494/APR).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 832 (oitocentos e trinta e dois) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. o art. 40, V, ambos da Lei 11.343/2006. Eis a fundamentação do *decisum* condenatório no que interessa:

Passo à dosimetria da pena.

THIAGO é primário e, tecnicamente, goza de bons antecedentes. A sua culpabilidade está acima da média, já que difundia a droga conhecida por LSD, substância altamente nociva à saúde físico-psicológica humana, conforme os repertórios farmacológicos.

A quantidade de selos negociados era expressiva. Só por ocasião foram apreendidos oitenta, mas a prova dá conta de diversas outras transações ocorreram.

A comercialização de substâncias entorpecentes, dentre elas, escolhida àquela altamente nociva à saúde humana, revela o desprezo agente para saúde do próximo e indiferença para os valores e padrões sociais, traços delineadores de uma personalidade perigosa.

Os motivos do delito são próprios da sua espécie. As demais condições judiciais são favoráveis. Trabalhava como agente de segurança no metrô de São Paulo/SP e informou que seu salário base era de R\$ 2.062,00. Logo, fixo sua pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Em razão de sua confissão, embora parcial, caracterizou o seu arrependimento pelo mal causado. Neste passo, reduzo a expiação em 06 (seis) meses.

Por força da causa de aumento de pena prevista no inciso V do art. 40, acresço 1/6 (um sexto) à sua pena.

Tendo vista a prova da dedicação à atividade criminosa e da participação em organização criminosa (art. 35, LAT), deixo de conceder a redução prevista no § 4º do artigo 33.

Finalmente, torno definitiva a reprimenda em 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e no pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Considerando a situação sócio-econômica do acusado, agente do metrô e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com renda de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), fixo o valor unitário do dia multa em 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo à época do fato, corrigido na forma do art. 43 da Lei Antitóxicos.

Art. 35 da Lei 11.343/2006:

Quanto ao crime de formação de quadrilha, considero as mesmas condições judiciais, no que for pertinente, assim como as circunstâncias de que agiam não só no Distrito Federal, como nos Estados de São Paulo e Goiás. Logo, fixo a sua pena base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e no pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Por força da confissão, reduzo sua expiação em 06 (seis) meses. Não existem outras causas modificadoras da reprimenda.

Portanto, torno definitiva a pena em 03 (três) anos de reclusão e no pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, segundo o mesmo parâmetro estabelecido pelo crime antecedente.

Considerando o disposto no art. 69 do Código Penal, estabeleço a pena final em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a serem cumpridos no regime inicialmente fechado, e no pagamento de 1300 (um mil e trezentos) dias multa.

RAPHAEL é primário e goza de bons antecedentes. A sua culpabilidade está acima da média, já que difundia a droga conhecida por LSD e ecstasy, substâncias altamente nocivas à saúde físico-psicológica humana, conforme os repertórios farmacológicos.

Para se ter uma idéia dos danos causados pelo LSD, trago colação estudos desenvolvidos pelo CEBRID :

"O LSD-25 (abreviação de dietilamina do ácido lisérgico) é, talvez, a mais potente droga alucinógena existente. É utilizado habitualmente por via oral, embora possa ser misturado ocasionalmente com tabaco e fumado. Alguns microgramas (micrograma é um milésimo de um miligrama que, por sua vez, é um milésimo de um grama) são suficientes para produzir alucinações no ser humano. [...]O LSD-25 é capaz de produzir distorções na percepção do ambiente - cores, formas e contornos alterados -, além de sinestesias, ou seja, estímulos olfativos e táteis parecem visíveis e cores podem ser ouvidas. Outro aspecto que caracteriza a ação do LSD-25 no cérebro refere-se aos delírios. Estes são o que chamamos "falsos juízos da realidade", isto é, há uma realidade, um fato qualquer, mas a pessoa delirante não é capaz de avaliá-la corretamente. Os delírios causados pelo LSD geralmente são de natureza persecutória ou de grandiosidade. [...]O perigo do LSD-25 não está tanto em sua toxicidade para o organismo, mas sim no fato de que, pela perturbação psíquica, há perda da habilidade de perceber e avaliar situações comuns de perigo. Isso ocorre, por exemplo, quando a pessoa com delírio de grandiosidade se julga com capacidades ou forças extraordinárias, sendo capaz de, por exemplo, voar, atirando-se de janelas; com força mental suficiente para parar um carro em uma estrada, ficando na sua frente; andar sobre as águas, avançando mar a dentro. Há também descrições de casos de comportamento violento, gerado principalmente por delírios persecutórios, como, por exemplo, no caso de o drogado atacar dois amigos (ou até pessoas estranhas) por julgar que ambos estão tramando contra ele. Ainda no campo dos efeitos tóxicos, há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também descrições de pessoas que, após tomarem o LSD-25, passaram a apresentar por longos períodos (o maior que se conhece é de dois anos) de ansiedade muito grande, depressão ou mesmo acessos psicóticos. O "flashback" é uma variante desse efeito a longo prazo: semanas ou até meses após uma experiência com LSD-25, a pessoa repentinamente passa a ter todos os sintomas psíquicos daquela experiência anterior, e isso sem ter tomado de novo a droga. O "flashback" é geralmente uma vivência psíquica muito dolorosa, pois a pessoa não estava procurando ou esperando ter aqueles sintomas, e assim eles acabam por aparecer em momentos bastante impróprios, sem que ela saiba por que, podendo até pensar que está ficando louca."

O acusado também tinha em depósito comprimidos de ecstasy e porções de haxixe, este último uma espécie de Cannabis Sativa Lineu, mas com concentração de THC quatro a cinco vezes maior que o existente na planta normalmente.

Era ele quem detinha a droga e procedida sua remessa, aproveitando-se do sistema público de correspondência. Não só fazia a distribuição de LSD, como de outras drogas como ecstasy, conforme sobressai da escuta telefônica. Ou seja, comercializada diversos tipos de entorpecentes, todos altamente nocivos.

A quantidade de substância que postou e mais aquelas encontradas em sua casa, mostra seu forte engajamento no tráfico de substância ilícita, o que caracteriza sua periculosidade diante de sua indiferença para com a saúde alheia e pública.

Trata-se de pessoa ardilosa e com personalidade voltada para crime, não só porque há muito vinha se dedicando à atividade ilícita, como a forma que agia. Deslocava-se para Goiania, para postar suas drogas na agência do correio, sempre omitindo seu nome e endereço, de modo a dificultar ou impedir que fosse encontrado, caso a encomenda fosse aberta por qualquer motivo.

Os motivos do delito são próprios da sua espécie. As demais condições judiciais são favoráveis. Informou que trabalhava em uma farmácia de sua família e que também vendia equipamentos eletrônicos. Logo, fixo sua pena base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (seiscentos) dias-multa.

Inexistem agravantes ou atenuantes.

Por força da causa de aumento de pena prevista no inciso V do art. 40, acresço 1/6 (um sexto) à sua pena.

Tendo vista a prova da dedicação à atividade criminosa e da participação em organização criminosa (art. 35, LAT), deixo de conceder a redução prevista no §4º do artigo 33.

Finalmente, torno definitiva a reprimenda em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e no pagamento de 830 (oitocentos e trinta) dias-multa.

Considerando sua condição-sócio econômica, já que procedia a compra e venda de produtos eletrônicos, fixo o valor unitário do dia-multa em 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo considerado na data fato e corrigido na forma do art. 43 da Lei Antitóxicos.

Art. 35 da Lei 11.343/2006:

Quanto ao crime de formação de quadrilha, considero as mesmas condições judiciais, no que for pertinente, assim como as circunstâncias de que agiam não só no Distrito Federal, como nos Estados de São Paulo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Goiás.

Logo, fixo a sua pena base em 04 (quatro) anos de reclusão e no pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa.

Não existem outras causas modificadoras da reprimenda.

Portanto, torno definitiva a pena em 04 (quatro) anos de reclusão e no pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, nos mesmos parâmetros já estabelecido para o crime anterior.

Atento as diretrizes do art. 69 do Código Penal, estabeleço a pena final em 12 (doze) anos e 02 (dois) meses de reclusão e no pagamento de 1630 (um mil e seiscentos e trinta) dias multa, a serem cumpridos no regime inicialmente fechado.

Deixo de proceder a substituição das penas por ser incabível, não só por força de vedação legal expressa (art. 44 da Lei 11.343/2006), como o art. 69 do CP.

Custas processuais pelos acusados.

Determino a perda dos bens apreendidos - balança, CPU de computador e Notebook- em favor da FUNAD, vez que eram utilizados na prática do tráfico. Pela mesma razão, determino a destruição da faca, tesoura e livros apreendidos (fls. 40/41).

Após o trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol dos culpados, extraia-se a carta de sentença, procedam-se às comunicações devidas e incinere-se a droga apreendida.

Defiro aos réus o direito de recorrer em liberdade, já que responderam ao processo soltos, são primários, não têm antecedentes penais e não estão presentes os requisitos da prisão preventiva (fls. 23/28).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a absolvição do acusado por insuficiência probatória e, alternativamente, a desclassificação do delito ou o reconhecimento da confissão espontânea e aplicação da causa de diminuição da pena em seu patamar máximo. A Corte originária, deu parcial provimento ao apelo, no que interessa, nestes termos:

b) Da fixação da pena

Ultrapassada a tese de absolvição e desclassificação do crime de tráfico de drogas, a Defesa pleiteia a fixação da pena no mínimo legal, com o reconhecimento da confissão espontânea e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo de 2/3.

Neste ponto, a Defesa assiste razão em parte, senão vejamos.

A eminente magistrada sentenciante fixou, na primeira fase de aplicação da pena, após análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, pena base no mínimo legal: 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias multa. Na segunda fase de aplicação da pena, entendeu pela inexistência de atenuantes e agravantes. Na terceira e última fase, deixou de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sustentando que “embora primário e de bons antecedentes, dedica-se ao tráfico, pois mantinha em depósito quantidade considerável de drogas 80 (oitenta) micro-pontos de LSD.” Em seguida, elevou a reprimenda em 2/3 (dois terços) diante da causa de aumento prevista no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, perfazendo pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 832 (oitocentos e trinta e dois) dias multa.

Não há o que ser alterado em primeira fase de aplicação da pena, porquanto já fixada a pena base no mínimo legalmente previsto: 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, apesar de reconhecer a confissão parcial espontânea, uma vez que relatou a dinâmica dos fatos, a procedência da droga e apontou os demais envolvidos na empreitada criminosa (fls. 250 e 251), deixo de reduzir a pena, porquanto já fixada no mínimo legalmente previsto. Vedação prevista no enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase de aplicação da pena, alguns reparos se revelam necessários.

Com relação à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, a eminente magistrada deixou de considerá-la ao argumento de que o acusado “embora primário e de bons antecedentes, dedica-se ao tráfico, pois mantinha em depósito quantidade considerável de drogas 80 (oitenta) micro-pontos de LSD”.

Em que pese o argumento exposto pela magistrada, ouso dela divergir, porquanto, ao contrário do estatuído, a causa de diminuição de pena não deve ser rechaçada em virtude da quantidade de droga mantida em poder do acusado.

Interpretação literal deve ser utilizada para adoção do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, *ipsis litteris*:

“§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

A quantidade de droga apreendida deve ser considerada apenas no momento de fixação do percentual mais adequado a reduzir a pena.

.....
.....

A partir desses preceitos, constatada a primariedade do réu, os bons antecedentes e, não havendo provas de que se dedica a atividades criminosas nem integre organização criminosa, faz jus à diminuição da pena prevista no referido dispositivo legal.

Considerando a quantidade de droga apreendida, 80 (oitenta) micropontos de LSD, é adequada e proporcional a redução da pena pela metade, totalizando pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Com relação à causa de aumento prevista no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, a eminente magistrada elevou a reprimenda em 2/3 (dois terços) ao argumento de que “a droga percorreu todo o percurso da viagem, chegando ao destinatário final.” (fl. 359).

Tal argumento, entretanto, merece ser reparado, uma vez que, conforme ensinamentos do renomado Guilherme de Souza Nucci, em *Leis penais e processuais penais comentadas*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, “a gradação – de um sexto a dois terços – deve cingir-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao grau de interestadualidade do crime: quanto maior o número de Estados-membros abrangidos pela atividade do agente, maior deve ser o aumento. Se envolver apenas dois Estados, por exemplo, o aumento de um sexto é suficiente.” (p. 375) Grifei e negritei.

.....
.....

Com efeito, comprovado que a droga apreendida com o acusado ultrapassou a fronteira entre o Estado de Goiás e o Distrito Federal, porquanto recebida via SEDEX, da cidade de Goiânia a Brasília, razoável e proporcional elevar a reprimenda em 1/6 (um sexto), perfazendo pena final definitiva de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho o regime fechado para inicial cumprimento da pena, conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 8.072/1990, alterado pela Lei n. 11.464/2007.

ISTO POSTO, dou parcial provimento ao recurso para diminuir a reprimenda, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos. Mantenho no mais o que na r. sentença se contém (fls. 39/42).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante/paciente alega que "é primário, goza de bons antecedentes e não tem perfil criminoso, bem como não tem qualquer vínculo com organização voltada para estes fins" (fl. 1).

Assere que, ostentando tais características e amparado pelo disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Entorpecentes, ele teria direito à redução da pena na fração de 1/6 a 2/3, o que não foi observado no caso concreto.

Sustenta que "tem como maior anseio reintegrar-se à sociedade, retomar suas atividades acadêmicas e laborais e voltar a ocupar sua posição de chefe de família" (fl. 3).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de redução da pena em patamar máximo e a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos.

Cumpre salientar que estes autos me foram distribuídos por prevenção do órgão julgador, em razão do HC n.º 157.032/DF, impetrado em favor de um corréu, de relatoria do Ministro Og Fernandes, o qual foi julgado prejudicado.

A liminar foi indeferida às fls. 67/73.

Foram prestadas informações às fls. 81/133, 141/142, 145/159, 162/163 e 164/219.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Oswaldo José Barbosa Silva, pela inadmissibilidade do *habeas corpus* e, se admitido, pela denegação da ordem (fls. 220/225).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.588 - DF (2014/0069579-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. O tema referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 80 microPontos de LSD - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, constata-se que o tema não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

Dessarte, não tendo sido a matéria em apreço enfrentada pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por esta Corte Superior. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO, SEGUIDO DE MORTE, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 3º, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE DENEGOU A ORDEM, PORQUANTO A MATÉRIA DEVERIA SER DISCUTIDA EM APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA E PENDENTE DE JULGAMENTO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO E PELA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO HABEAS CORPUS ALI IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

VI. A declaração de nulidade da sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena - ao argumento de que não teria sido respeitado o critério trifásico, deixando de ser considerados a primariedade do réu e seus bons antecedentes, bem como de que o Magistrado sentenciante teria incorrido em bis in idem, ao condenar o paciente, simultaneamente, como coautor de latrocínio e pelo delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal -, não foi debatida pelo Tribunal de origem, no acórdão do writ ali impetrado, impugnado no presente Habeas corpus.

VII. Se as controvérsias ora suscitadas não foram apreciadas pela Corte de origem, ao julgar o Habeas corpus ali impetrado - cujo acórdão é impugnado no presente writ -, uma vez que pendente o julgamento da apelação defensiva, a análise de tais questões não encontra espaço na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

VIII. "As matérias que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem não podem ser aqui apreciadas, sob pena de supressão de instância. Não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifica a análise prematura, nesta sede, de temas que dizem com o próprio mérito da condenação, com o regime aplicado ou a possibilidade de substituição da reprimenda, notadamente considerando a liberação do paciente para recorrer. Tais teses deverão ser objeto de recurso próprio" (STJ, HC 233.838/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

IX. Ademais, em contato com a Vara de origem, obteve-se a informação de que a Apelação, interposta pela defesa, foi posteriormente julgada, tendo o Tribunal a quo, à unanimidade, negado provimento ao recurso defensivo, ocasião em que, após amplo exame do conjunto de fatos e provas, delineados na Ação Penal originária, manteve a sentença condenatória do paciente.

X. Transitado em julgado o processo-crime, com início da execução definitiva da pena, não mais persiste interesse na análise de eventual excesso de prazo injustificado para o julgamento da Apelação, como aventado na inicial do writ.

XI. Habeas corpus não conhecido.

(HC 37501/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA QUE A ORIGINOU. ATENUANTE DA CONFISSÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que o Tribunal de origem não apreciou as questões relativas à ilicitude da prova que deu origem à ação penal e à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão, tendo em vista que sequer foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir o aumento de pena procedido em razão da reincidência, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

(HC 227.688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FABRICAÇÃO DE DROGAS. GUARDA DE PETRECHOS PARA FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DAS ALEGAÇÕES. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância, especialmente em vista das peculiaridades e da complexidade das teses aventadas, bem ainda da ausência de demonstração, de plano, do apontado constrangimento ilegal.

2. Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso de apelação criminal.
(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.

(HC 163.833/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 15/06/2012)

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto o estabelecimento do redutor em metade não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 80 micropontos de LSD (fl. 41).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

"Art. 42. 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."

Dessarte, diante da quantidade da droga encontrada em poder do paciente, não há falar em ilegalidade na aplicação do referido redutor em apenas 1/2. Ademais, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0069579-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 291.588 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090110379494 90115512009

EM MESA

JULGADO: 26/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO LINO TONACO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : THIAGO LINO TONACO (PRESO)
CORRÉU : RAPHAEL RIBEIRO DIAS
CORRÉU : DANIELA RIOS CAMPELO MORAES

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.