



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.821 - ES (2012/0215823-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : BISMARCK PEREIRA ROCHA (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*.
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO.
INDEFERIMENTO LIMINAR. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE
ILEGALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES.
CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI
DE DROGAS. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA E QUANTIDADE DA
DROGA APREENDIDA. ALEGADO *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA.
MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE
QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE
ILEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
AGRAVO DESPROVIDO.

– Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão
monocrática é proferida em obediência aos arts. 557, *caput*, do Código de
Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal, que permite ao relator negar
seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado
ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo
tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Precedentes.

– A restrição de hipóteses de conhecimento dos *habeas corpus*
substitutivos de recurso próprio encontra-se amparada no entendimento
jurisprudencial tanto desta Corte quanto do Supremo Tribunal Federal.

– Conforme entendimento sedimentado desta Corte, não há falar
em *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza de droga para
aplicação do redutor em fração aquém do seu máximo, mas sim na utilização
da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

– No caso, a natureza e grande quantidade de entorpecente
apreendido em poder do paciente inviabilizam a substituição da pena por
restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

– A questão referente à forma de início de cumprimento da
reprimenda não foi examinada pelas instâncias ordinárias, circunstância que
impede o conhecimento do tema por esta Corte Superior, sob pena de indevida
supressão de instância.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).

Brasília, 07 de março de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.821 - ES (2012/0215823-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : BISMARCK PEREIRA ROCHA (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim prolatada em que indeferi liminarmente o *writ* impetrado.

O agravante, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, sustenta, preliminarmente, ofensa ao princípio da colegialidade. Afirma que só em casos de pedido manifestamente incabível, de manifesta incompetência do Tribunal ou de reiteração de outro pedido com os mesmos fundamentos o *habeas corpus* poderia ser indeferido liminarmente. Diz, que "*o writ em julgamento debate falhas na fixação da pena, não representando, assim, nenhum dos casos acima elencados* (fl. 103).

Quanto ao mérito, alega que o Tribunal *a quo* incorreu em *bis in idem* ao considerar a quantidade de droga para deixar de reduzir a pena-base ao seu grau mínimo legal e para negar uma maior redução da pena na terceira etapa da dosimetria. Aduz, também, que possuiu todos os requisitos objetivos e subjetivos para cumprir a sanção em regime diverso do fechado, bem como para a substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos.

Requer a reconsideração do *decisum* ou o julgamento do feito pela Turma competente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.821 - ES (2012/0215823-9)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)(Relatora):

De início, no tocante à alegação de que a decisão monocrática proferida ofendeu o princípio da colegialidade, razão não assiste ao agravante.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, como ocorre *in casu*. Nesse sentido os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 2. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. 3. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA FALTA DISCIPLINAR IMPUTADA AO PACIENTE. INOVAÇÃO RECURSAL. 4. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e do art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental.

2. De acordo com o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, no procedimento a ser adotado para a apuração da falta disciplinar de natureza grave deve-se garantir ao sentenciado sua oitiva prévia, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso ocorreu, esclarecendo o Tribunal de Justiça que na "audiência especial, o agravante teve a oportunidade de explicar o ocorrido (fls. 80/81), na presença da Defensoria Pública, a quem foi garantida a manifestação" (fl. 55). Precedentes.

3. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracteriza inovação recursal a pretensão de se discutir a tipificação da falta grave, tendo em vista que na inicial do habeas corpus buscou-se apenas a cassação da decisão que reconheceu a prática da falta disciplinar de natureza grave pelo paciente, tendo em vista a inexistência de processo administrativo disciplinar. Precedente.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 237976/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 19.9.2012).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. FURTO. VALOR EXPRESSIVO DA RES FURTIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

1. Este Sodalício pacificou o entendimento de que, nos termos do disposto no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal, é possível ao relator negar seguimento a recurso ou habeas corpus manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, inexistindo, assim, ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. Hipótese de furto no qual não se observa a irrelevância do fato, tendo em vista que o valor da res furtiva gira em torno de quase dois salários mínimos vigentes à época do fato, razão pela qual não se aplica à espécie o princípio da insignificância.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 220.422/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15.10.2012).

No mais, persisto no entendimento firmado no *decisum* agravado.

Conforme destacado, a restrição das hipóteses de conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio encontra amparo na jurisprudência tanto deste Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer modo, tem-se analisado, de ofício, o apontado constrangimento ilegal, em respeito à princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa.

Reitero que, no caso concreto, não restou configurada nenhuma flagrante ilegalidade.

O Tribunal *a quo* está em harmonia com o entendimento desta Corte, firme no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que não há se falar em *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza de droga para aplicação do redutor em fração aquém do seu máximo, mas sim na utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

Confira-se o seguinte excerto do v. aresto recorrido:

"Em relação à irresignação do patamar de redução de apenas 1/4 referente à causa especial de diminuição de pena, entendo que é descabida a pretensão em desconstituir o decisum condenatório e, ao contrário do que fora alegado, a sentença entendeu de forma correta e devidamente fundamentada, pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Não há impedimento de se levar em consideração a natureza e a quantidade de droga apreendida para considerar tanto na estipulação da pena-base quanto nas demais fases da dosimetria, a influenciar na pena final.

É entendimento recente desta Egrégia Câmara, senão vejamos:

'APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DOSIMETRIA DA PENA - ANÁLISE DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COM RESPALDO EM OBSERVAÇÕES VAGAS OU INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - REDIMENSIONAMENTO DA PENA - GRAU DE INCIDÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES - PROPORCIONALIDADE - PARÂMETROS PARA DEFINIÇÃO DO QUANTUM DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 - NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA - ART. 42, LEI N.º 11.343/06 - INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM - PRECEDENTES DO STJ - MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - PROVIMENTO PARCIAL. 1) Inviável exasperar a pena base a partir de observações vazias ou inerentes ao próprio tipo penal sobre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB. Nada obstante, a natureza e a quantidade do entorpecente envolvido na prática delitiva justificam a elevação do apenamento, a teor do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06. 2) A determinação do grau de incidência de circunstâncias atenuantes deve ser orientada pela proporcionalidade, principalmente em vista do grau de acréscimo da pena base por cada uma das circunstâncias judiciais eventualmente tidas por desfavoráveis. 3) A natureza e a quantidade da substância entorpecente, a teor do artigo 42 da Lei de Drogas, devem ser consideradas tanto na estipulação da pena base quanto nas demais fases da dosimetria, a influenciar na pena final. Considerando que o legislador não estabeleceu critérios para a gradação da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33, é perfeitamente adequado que se utilize o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB e da natureza e quantidade da substância ilícita. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas do STJ. 4) Diante da natureza, da quantidade significativa e da variedade das drogas envolvidas na prática delitiva, e pelo fato do réu confessadamente ter procurado no crime meio de sustento, não é merecedor de tratamento benévolo, sendo ao contrário recomendável a imposição de resposta penal mais severa e enérgica, com o cumprimento da sanção privativa de liberdade em regime inicial fechado. 5) Fixada a pena privativa de liberdade em patamar superior a quatro anos, inviável a substituição da sanção, por desatendido o requisito objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do CPB. 6) A manutenção da prisão do réu é efeito da condenação, afinal, não se afigura plausível que aquele que permaneceu preso durante toda a instrução seja agora posto em liberdade, justamente quando condenado por decisão calçada em cognição exauriente, e que lhe impôs pena elevada. Além disso, a apelação interposta não discute a condenação, mas apenas a quantidade e o regime de expiação da reprimenda, o que significa dizer que decisão que reconheceu a responsabilidade penal do réu é definitiva, não havendo razões que recomendem a postergação do início do cumprimento da pena. 7) Recurso parcialmente provido.” (TJES, Classe: Apelação Criminal, 35100952544, Relator : CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 01/08/2012, Data da Publicação no Diário: 09/08/2012)” (fls. 73-75).

A r. sentença, por sua vez, está assim fundamentada, quanto à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006:

*"Não há agravante; tomando como norteador as circunstâncias acima, considerando a culpabilidade do réu, **bem como levando em conta a natureza, a expressiva quantidade e potencialidade lesiva dos entorpecentes, aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06, a razão de 1/4 (um quarto).***

Entendo que não prospera maior redução, tendo em vista que as condições da prisão, quantidade e natureza viciante dos entorpecentes demandam maior reprovabilidade da conduta do réu" (fls. 53-54).

A propósito, são os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3.824 kg DE MACONHA E 570,86 g DE COCAÍNA). 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou ao habeas corpus manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, desde que o tema tratado seja exclusivamente de direito. Ademais, o cabimento de agravo regimental contra decisão proferida singularmente pelo relator, por si só, afasta a alegada violação ao princípio da colegialidade. Precedentes.

2. Quanto a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, cabe frisar que a diretriz imposta pelo art. 42 da Lei 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

4. No caso em apreço, entretanto, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional mais brando não se mostram adequadas, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 238.794/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 5.9.2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 1/2 (METADE). 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a considerável quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente, que contou com a participação de menor de idade na empreitada delitiva.

3. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO EM PARTE DEMONSTRADO.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada, contudo, a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

3. Habeas corpus parcialmente concedido, para afastar o óbice



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico (HC 181.037/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 6.3.2012).

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, PELA CORTE DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/3. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 333 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante com 16 invólucros de cocaína (16,4g).

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida, que não se mostra ínfima - 16 porções de cocaína (16,4g) - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

5. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no 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.

6. Ordem de habeas corpus denegada (HC 190.052/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 17.10.2012).

A natureza e grande quantidade de entorpecente apreendido em poder do paciente também inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que insuficiente e inadequada para os fins de reprovação e prevenção do delito, conforme se exige o inciso III, do art. 44, do CP.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (500 g DE PASTA BASE DE COCAÍNA). 2. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida.

2. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 9 (nove) dias de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional mais brando não se mostram adequadas, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (500g de pasta-base de cocaína). Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 243.539/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 15/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. LEI DE DROGAS. TESE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE DO EXAME NA VIA DO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO GRAU DE DIMINUIÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR. LIMITES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, COM PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. DESCABIMENTO. CRIME PRATICADO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. A definição do percentual da causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, integra o juízo de discricionariedade do julgador, que encontra suas balizas nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, com preponderância, na natureza e quantidade de droga apreendida, personalidade e conduta social do agente. Precedentes.

3. É cabível o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a despeito de o Acusado ter sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado definitivamente à pena inferior a 4 anos de reclusão, com alicerce no exame das circunstâncias judiciais e na quantidade e qualidade das drogas apreendidas em seu poder, pois esses parâmetros podem evidenciar que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal. Precedentes.

(...)

5. Nesses termos, tendo sido mantido o regime prisional inicial fechado com base apenas no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 11.464/2007, tem o Acusado direito ao regime aberto de cumprimento da pena, já que condenado à pena de 02 (dois) e 06 (seis) meses de reclusão e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, a teor do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.

6. Agravo regimental parcialmente provido para fixar o regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. (AgRg no AREsp 162.280/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/09/2012).

A questão referente à forma de início de cumprimento da reprimenda não foi examinada pela Corte de origem. Vedada, pois a análise de tal matéria por este Pretório, sob pena de indevida supressão de instância. A propósito: HC 241.376/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 5.9.2012, e HC 154.897/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 29.8.2012.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0215823-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 256.821 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 207397420108080024 24100207398 5702010

EM MESA

JULGADO: 07/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : BISMARCK PEREIRA ROCHA (PRESO)
CORRÉU : VALDIMARA GONÇALVES FLORENCIO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BISMARCK PEREIRA ROCHA (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).