



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.058 - ES (2009/0197416-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : APARECIDA LEAL SILVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MANOEL DELFINO SANTOS JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS. NÃO CUMPRIMENTO.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.
2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.
3. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional. Assim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o *decisum* condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.
4. 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.
5. Por meio do julgamento do HC 97.256/RS (01.09.10), o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*, da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, insculpida nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, aos delitos de tráfico de drogas com menor potencial ofensivo.
6. Esta Corte Superior adotou o entendimento de que a norma proibitiva não está em consonância com a Carta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritiva de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o que não ocorreu na hipótese.
7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília, 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.058 - ES (2009/0197416-3) (f)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : APARECIDA LEAL SILVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MANOEL DELFINO SANTOS JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MANOEL DELFINO SANTOS JUNIOR (preso) em face de acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, a 5 (cinco) anos de reclusão, bem como 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado.

Interposta apelação pela defesa, foi negado provimento ao recurso, em julgado assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 33, DA LEI 11.343/06 - RECURSO DA DEFESA - 1) RECURSO INTERPOSTO POR MANOEL DELFINO SANTOS JUNIOR - 1.1) PRELIMINAR: NULIDADE DA SENTENÇA POR DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO: REJEITADA - 1.2) MÉRITO - A) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06: IMPOSSIBILIDADE - B) REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL: IMPOSSIBILIDADE - C) APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO GRAU MÁXIMO: IMPOSSIBILIDADE - D) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO: IMPOSSIBILIDADE - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO ..."

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento que:

i) deveria ser fixada a pena-base no mínimo legal, pois as circunstâncias judiciais seriam favoráveis;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ii) a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deveria ser aplicada no patamar máximo, porquanto preenchidos todos os requisitos previstos em lei;

iii) seria cabível a liberdade provisória, vez que a Lei nº 11.464/07 derogou expressamente a proibição prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06;

iv) a pena privativa de liberdade poderia ser substituída por restritiva de direitos, ante o cumprimento dos requisitos previstos no art. 44 do CP;

v) o paciente teria direito à progressão ao regime aberto, ante o cumprimento de 1/6 da pena.

Requer liminarmente a concessão de liberdade provisória e, no mérito, a concessão da ordem, a fim de que a pena-base seja fixada no mínimo legal, diminuída de 2/3 e, posteriormente, substituída por restritiva de direitos ou, não sendo o caso, fixado o regime aberto para seu cumprimento.

As informações solicitadas à autoridade apontada como coatora foram prestadas, conforme ofício acostado às fls. 79/112.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opinou pela denegação da ordem (fls. 114/117).

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma, em 17.12.10.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.058 - ES (2009/0197416-3) (f)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : APARECIDA LEAL SILVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MANOEL DELFINO SANTOS JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS. NÃO CUMPRIMENTO.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional. Assim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o *decisum* condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.

4. 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.

5. Por meio do julgamento do HC 97.256/RS (01.09.10), o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*, da vedação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, insculpada nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, aos delitos de tráfico de drogas com menor potencial ofensivo.

6. Esta Corte Superior adotou o entendimento de que a norma proibitiva não está em consonância com a Carta Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritiva de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o que não ocorreu na hipótese.

7. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.058 - ES (2009/0197416-3) (f)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : APARECIDA LEAL SILVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MANOEL DELFINO SANTOS JUNIOR (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

A ordem não merece ser concedida.

Tratando-se de crime de tráfico de drogas, a jurisprudência desta Corte admite que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal autorize a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

Confira-se, nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS). PENA FIXADA: 2 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS: MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. VÁRIAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

...omissis...

2. No caso dos autos, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi realizada de forma proporcional e suficientemente justificada, em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, os maus antecedentes, inexistindo qualquer ilegalidade na espécie. Outrossim, não há bis in idem quando existente condenação definitiva anterior suficiente para a caracterização da reincidência e distinta daquelas que serviram de supedâneo para assinalar os maus antecedentes do paciente. Precedentes.

3. As circunstâncias judiciais desfavoráveis, somadas à reincidência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

são suficientes para manter o regime inicial fechado, apesar da pena aplicada ser inferior a 8 anos de reclusão. Não é caso de aplicação da Súmula 269 deste STJ, pois a possibilidade de adoção do regime semiaberto para reincidentes condenados a pena inferior a 4 anos de reclusão exige que as circunstâncias do art. 59 do CPB sejam todas favoráveis, o que não ocorreu no caso concreto. Inviável, igualmente, o regime aberto. Precedentes.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial." (HC 188101/SP, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 09/06/2011)

No caso concreto, foi reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que permitiu a fixação da pena-base acima do mínimo legal (fl. 94).

Ademais, o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. 500 G DE PASTA-BASE DE COCAÍNA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende, na fixação da dosimetria da pena - nos delitos de tráfico de entorpecentes -, ser adequada a imposição da pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza e da quantidade da droga, no caso 500 g (quinhentos gramas) de pasta-base de cocaína (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no REsp 1245028/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 15/02/2012)

"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, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. 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 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 natureza da substância apreendida - 4,9g de cocaína, 16 trouxinhas contendo 63,1g de maconha, e um tijolo contendo 397,1g maconha - justifica 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.

4. *Ordem denegada.*" (HC 183164/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19/03/2012)

Consoante entendimento do Tribunal de origem, a grande quantidade de droga apreendida autorizaria a fixação da pena bem acima do *quantum* estabelecido pelo magistrado de piso, o que não poderia ser alterado, contudo, sob pena de *reformatio in pejus* (fl. 105).

Dessa forma, não há que se falar em aplicação da pena-base no mínimo legal.

Ressalte-se que, conforme o entendimento consolidado deste Tribunal, a revisão da pena imposta só é possível quando verificada, de plano, a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidente abuso ou ilegalidade.

Caso contrário, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a fixação da pena-base demandaria análise de matéria fático-probatória, o que é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUIZ SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM QUANTO À CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA TANTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA QUANTO NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

...omissis...

3. 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.

4. Para se aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso I, da Lei de Drogas, basta que as circunstâncias do fato evidenciem a transnacionalidade do delito, fato que restou constatado pela apreensão dos cartões de embarque no Aeroporto, sendo irrelevante, para o reconhecimento dessa majorante, a natureza e quantidade da droga apreendida.

5. Ordem denegada." (HC 161.900/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011)

No que concerne aos requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o Supremo Tribunal Federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entende que o magistrado não está obrigado a fixá-la em seu patamar máximo, dispondo de plena liberdade para aplicar a redução no *quantum* adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto.

No mesmo sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO TERATOLÓGICA A ENSEJAR A SUBSTITUIÇÃO DA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO RECURSO CABÍVEL. 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.

...omissis...

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.

5. Parecer do MPF pela denegação.

6. Preliminar de não conhecimento e, se conhecido, pela denegação." (HC 100800, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-175 DIVULG 12-09-2011 PUBLIC 13-09-2011 EMENT



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOL-02585-01 PP-00111)

Acompanhando a orientação da Excelsa Corte, as Turmas Criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância das natureza, diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE) 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 do redutor no patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade da substância entorpecente apreendida - 104 (cento e quatro) buchas, totalizando mais de 200 g (duzentos gramas) de "maconha".

...

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, essa extensão, denegada a ordem." (HC 175.127/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 13/09/2011)

A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar o condenado neófito na infausta prática delituosa, configurados a primariedade e os bons antecedentes, além de não comprovada sua dedicação a atividades delituosas nem participação em organização do gênero.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sua aplicação deve ser individualizada, dentro dos limites de 1/6 a 2/3, importando, para a fixação, a natureza, a diversidade e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas. Frise-se que a aludida avaliação não provoca *bis in idem*, pois apesar de os elementos já terem influenciado o reconhecimento de requisitos subjetivos desfavoráveis em fases anteriores, na estipulação da pena, a preponderância na dosimetria deriva de previsão legal.

Na hipótese, o Juízo considerou a primariedade, além de residência e trabalho fixos para arbitrar o *quantum* da causa de diminuição (fl. 94) no patamar de 1/6.

Contudo, entendeu o Tribunal de origem que sequer poderia ser aplicada a causa de diminuição pois, da mesma forma como ocorreu quando da fixação da pena-base, não foi considerado o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, circunstância que impediria a sua aplicação. Confira-se o trecho do acórdão:

"Na terceira fase da dosimetria, observo que o douto Julgador da singela instância aplicou a causa de diminuição de pena, disposta no artigo 33, § 4º, do CP, o que, a meu ver, é totalmente incabível haja vista a farta produção probatória indicando que o apelante Manoel não é mero traficante eventual, mas sim profissional, tanto que o co-réu Edmar assumiu a empreitada criminosa para dar-lhe quitação à dívida do tráfico, além de auferir vantagem" (fl. 105).

Outrossim, a impetrante não demonstrou, de plano, prova ou argumento capaz de abalar o acórdão guerreado. Destarte, a via estreita deste *mandamus* obstaculiza o revolvimento do conjunto fático que arrimou a condenação nas instâncias ordinárias.

No que concerne aos pedidos de liberdade provisória e progressão para o regime aberto, não há como reconhecer as ilegalidades apontadas, porquanto não analisadas pelo Tribunal de origem.

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo, de maneira uniforme, que a irresignação não submetida à instância *a quo* torna inviável o seu conhecimento, em sede de *writ* impetrado perante a Excelsa Corte, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: TESE NÃO DEBATIDA NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTÂNCIA ANTERIOR. COMPATIBILIDADE ENTRE O PRIVILÉGIO E A QUALIFICADORA DO CRIME DE FURTO: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, CONCEDIDO.

1. Se a alegação da eventual incidência do princípio da insignificância não foi submetida às instâncias antecedentes, não cabe ao Supremo Tribunal delas conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância.

...omissis...

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido." (HC 100307, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-106 DIVULG 02-06-2011 PUBLIC 03-06-2011 EMENT VOL-02536-01 PP-00119)

Do mesmo modo, em harmonia com a orientação da Corte Suprema, as Turmas Criminais deste Tribunal vêm exarando, em seus julgados, a compreensão de que a tese apresentada pelo impetrante, sem a apreciação da autoridade apontada como coatora, torna incompetente este Sodalício para examiná-la, diante da indevida supressão de instância.

Em conformidade, o seguinte precedente:

"...omissis..."

CERCEAMENTO DE DEFESA POR DEFICIÊNCIA TÉCNICA DO PATRONO DOS PACIENTES. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO.

1. Da leitura do acórdão objurgado, observa-se que as questões referentes ao cerceamento de defesa por "deficiência técnica" não foram alvos de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre estes tópicos, evitando-se, com tal medida, a ocorrência de indevida supressão de instância. Precedentes.

...omissis...

3. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC 141.688/DF, Rel. MIN. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 08/11/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em conformidade com o art. 44, do Código Penal, alterado pela Lei nº 9.714/98, existe a vedação expressa à sua concessão nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, admitiu a hipótese supramencionada, sob o fundamento de que ao tráfico ilícito de entorpecentes, caracterizado pelo seu menor potencial ofensivo, deve ser dado tratamento diferenciado, em comparação com os demais delitos previstos na referida lei especial repressora, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da citada proibição, com efeitos *ex nunc*.

Confira-se o inteiro teor da ementa do precedente citado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

...omissis...

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente" (HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Diante do posicionamento inaugural do Supremo Tribunal Federal, em 01.09.10, esta Corte passou a adotar o mesmo entendimento, no sentido de que a norma proibitiva não está em consonância com a Carta Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritiva de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Nesse sentido:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

...omissis...

III. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

IV. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

V. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

VI. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VII. Deve ser concedida a ordem de ofício para, determinar ao Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte/MG, que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como da adequação do regime prisional.

VIII. Ordem não conhecida e habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do relator." (HC 214701/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 14/10/2011)

Contudo, não foi sequer cumprido o primeiro requisito previsto no art. 44 do Código Penal, porquanto a pena aplicada foi superior a quatro anos, de forma que não cabe a referida substituição.

Assim sendo, não há falar em ilegalidade perpetrada pelo *decisum* do Tribunal estadual.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0197416-3

HC 150.058 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100080037862 26080015873

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : APARECIDA LEAL SILVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MANOEL DELFINO SANTOS JUNIOR (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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.