



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 311.366 - MS (2014/0326425-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MAURILIO CEZAR DOS SANTOS SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Consoante firme entendimento desta Corte, a quantidade e a qualidade da droga preponderam para fins de determinação do patamar de redução pela aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor em 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e art. 59 do Código Penal, dada a grande quantidade da substância entorpecente apreendida - **57 kg de maconha**.

DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* NO CÁLCULO DA PENA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. MATÉRIA NÃO DIRIMIDA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Inviável a análise do alegado *bis in idem* na fixação da reprimenda, porquanto a questão deixou de ser suscitada pelo recorrente e tampouco analisada pelo Tribunal *a quo* por ocasião do julgamento da apelação e dos embargos de declaração, sob pena de se incidir na indevida supressão de instância.

REGIME INICIAL. SANÇÃO FINAL NÃO ALTERADA. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o o pleito de alteração do modo prisional.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 19 de maio de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 311.366 - MS (2014/0326425-6)

AGRAVANTE : MAURILIO CEZAR DOS SANTOS SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por MAURILIO CEZAR DOS SANTOS SILVA contra decisão que negou seguimento ao *habeas corpus*, por não vislumbrar ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

Sustenta o agravante que a decisão merece reforma no sentido de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu grau máximo, dada a primariedade e os bons antecedentes do paciente, além da ausência de indicação de que participava de organização criminosa ou se dedicava à prática de atividades ilícitas, não podendo a quantidade de entorpecentes obstaculizar tal benesse.

Alega que o Tribunal de origem teria incorrido no vedado *bis in idem* ao fundamentar a exasperação da pena-base e a fixação da minorante especial com base no volume de droga apreendida.

Defende que a matéria relacionada à ocorrência de *bis in idem* teria sido apreciada pela Corte *a quo*, com ratificação dos fundamentos adotados na sentença, tendo sido mantido o *quantum* referente à aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, com posterior afirmação em sede de aclaratórios.

Aduz que, reconhecida a aplicação do redutor especial no patamar máximo, deveria ser estabelecido o regime inicial mais brando, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo regimental para que seja aplicado o redutor da pena na fração máxima e abrandado o regime inicial para aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 311.366 - MS (2014/0326425-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se no regimental a reforma da decisão que negou seguimento ao *habeas corpus*, no qual se pretendida a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo e a modificação do modo prisional.

Infere-se dos autos, que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em razão da prática do crime previsto no art. 33, § 4º, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06:

"[...] na data de 17/07/2012, por volta das 23h00min, na BR 262, Km 139, neste município, policiais rodoviários federais efetuavam fiscalização de rotina, quando em revista ao veículo VW Saveiro CL, cor cinza, placas HRF 0313 de Sidrolândia/MS, conduzido pelo acusado, localizaram 65 tabletes da substância entorpecente vulgarmente conhecida como maconha, acondicionada sob o assoalho, nas portas e nas laterais do carro." (e-STJ fls. 191).

Inconformada, a defesa interpôs Apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantendo na íntegra o édito condenatório.

Impetrou-se *habeas corpus* contra o aludido acórdão, pleiteando a sua reforma e, por conseguinte, a aplicação do redutor especial, no patamar máximo, e a alteração do modo prisional para o aberto.

Posteriormente, em decisão monocrática deste Relator negou-se seguimento ao *mandamus*, nos seguintes termos:

*"Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de aplicar o quantum máximo de redução insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a quantidade da droga apreendida - 57 kg de maconha - justifica a mitigação inferior ao máximo legalmente previsto.
Com relação ao bis in idem verifica-se que a Corte a quo não se manifestou acerca do tema, até porque não fora*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suscitado em sede de apelação, fator que torna inviável a apreciação da matéria arguida no presente writ, por este Superior Tribunal, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

No que tange à alteração do regime inicial de cumprimento da pena, resta prejudicado o pleito em razão da manutenção da fração do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei n.º 11.343/06." (e-STJ fls. 341-342).

Insurge-se o agravante contra a manutenção do redutor do § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06, na fração de 1/6 (um sexto) e do regime inicial, além da não apreciação do pleito referente ao alegado *bis in idem*.

No que concerne ao referido redutor da pena, conforme destacado na decisão agravada, a Corte *a quo* entendeu adequada ao caso a fração de 1/6 (um sexto), haja vista a expressiva quantidade da droga apreendida:

*"A fração correspondente à causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11,343/06, não pode ser aplicada em seu patamar máximo, mostrando-se mais adequado o patamar de 1/6 que foi aplicado, de acordo com a quantidade da droga apreendida (**57 quilos de maconha**), e em observância aos critérios previstos nos artigos 59 do CP e 42 da Lei 11.343/06." (e-STJ fl. 261)*

Em sede de Embargos de Declaração, o Tribunal de origem, ao dirimir a questão, manteve a fração aplicada, com esteio nas circunstâncias do caso, a saber:

"E esse argumento foi rebatido, da forma completa e clara, na apelação, onde o voto vencedor apontou que a quantidade de droga era vultuosa (57 quilos de maconha) e os critérios do artigo 59 do CP e 42 da Lei de Drogas (sendo este último preponderante) não permitiam maior abrandamento da pena (cf. F. 246 e seguintes, decisão embargada)." (e-STJ fl. 297)

Cumprir registrar que, o legislador, ao prever a causa de diminuição especial, fixou apenas os pressupostos para a incidência do benefício, não estabelecendo, contudo, os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11343/06. Por isso, a jurisprudência e a doutrina entendem que devem ser utilizados os critérios estabelecidos no art. 42 da Lei de Drogas, para tal fixação, este dispositivo autoriza a utilização da natureza e da quantidade dos estupefacientes, juntamente com o previsto no art. 59, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, a Corte de origem manteve o redutor em 1/6 (um sexto), entendendo que o volume de entorpecentes apreendido era considerável - **57 kg de maconha** (e-STJ fl. 17). Assim, não há ilegalidade a ser sanada por este Sodalício, pois a elevada quantidade da droga apreendida justifica a aplicação do *quantum* da redução tal como procedido.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO EM PATAMAR INFERIOR A 2/3. LEGALIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A quantidade e a quantidade da droga justificam a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior a 2/3.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 214.109/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. EXECUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MODO MAIS BRANDO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, uma vez que a Corte estadual fundamentou, concretamente, a aplicação da minorante no menor patamar legalmente previsto, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente (10



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tijolos de maconha, pesando ao todo 9.867,47 gramas).

3. Uma vez que foi apresentada fundamentação idônea e suficiente para a aplicação da fração de 1/6 de redução de pena, mostra-se inviável a aplicação da minorante em questão no maior patamar previsto em lei, como pretendido.

4. Não ofende a garantia da *ne reformatio in pejus* e, portanto, não há impedimento legal a que o Tribunal - ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa - emita, para dizer o direito aplicável à espécie (*jurisdicere*), sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas contraditoriamente debatidas no juízo a quo, objeto da sentença impugnada no recurso.

5. Embora, no caso, a Corte estadual tenha acrescentado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para manter o regime inicial fechado, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas, tem-se que a situação do paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o improvimento do recurso de apelação quanto a essa matéria, manteve-se inalterada a sentença condenatória nesse ponto.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 275.110/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 27/11/2014)

Com relação ao alegado *bis in idem*, observa-se que a Corte estadual, em sede de aclaratórios, teceu as seguintes considerações a respeito do tema, *in verbis*:

"Ademais, saber se a utilização da natureza e quantidade de droga apreendida para exasperar a pena-base e, depois, para reduzir a incidência da minorante do tráfico privilegiado, importariam em bis in idem é questão que não se configura de plano como matéria de ordem pública, que obrigasse ao reconhecimento de ofício.

Em parêntese, vale aditar que trata-se de matéria norteadada pela norma do artigo 42 da Lei n. 11.343/06, que diz que o magistrado deve considerar a quantidade de droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei Antitóxicos, e essa mesma regra entende-se que possa ser usada em momentos e finalidades distintas, assim como ocorre, por exemplo, com a reincidência, que, além de agravar a pena, impede a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Então, mesmo que a decisão não tenha enfrentado este fundamento na decisão embargada, porque ele não foi invocado, mostra-se que esta decisão não afrontou claramente ditames legais nem constituiu omissão de enfrentamento de matérias de ordem pública, ao contrário do que sustenta o embargante.

Conclui-se, portanto, que a defesa deveria ter levantado a questão ora deduzida já nas razões recursais outrora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpostas, e não agora. (e-STJ fls. 298-299)

Com efeito, nota-se, à toda evidência, que, não obstante o Colegiado estadual tenha feito menção a respeito da tese em abstrato, não analisou a aplicação desta ao caso concreto, em razão da matéria aludida não ter sido suscitada na apelação, fator que impede a apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça.

Ressalta-se que não se discute que a apelação devolve ao Tribunal o conhecimento de toda matéria posta em julgamento, contudo, como cediço, o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal (art. 3º do CPP), devolve para o Órgão *ad quem* apenas o exame da matéria que foi objeto de impugnação pela parte recorrente, revela-se inviável o exame, por este Superior Tribunal de Justiça, de eventual ilegalidade na ausência de substituição da pena corporal por restritivas de direito, **já que a tese deixou de ser suscitada pela defesa perante o Tribunal Estadual competente.**

Assim, não há falar em reforma do *decisum* monocrático agravado, pois entendimento em sentido contrário configuraria indevida supressão de instância.

Acerca do tema, cumpre destacar os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REDIMENSIONAMENTO DE PENAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Se a pretensão aqui formulada pelo agravante, de redimensionamento de penas ante o reconhecimento da continuidade delitiva pelo Juízo das Execuções, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não pode ser enfrentada por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC 48.425/TO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. TRÁFICO ENVOLVENDO ADOLESCENTE. BIS IN IDEM. PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

5. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da pretendida redução da pena-base ao mínimo legal, quando verificado que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para afastar os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, determinando a esse Tribunal que analise eventual preenchimento dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em comento.

(HC 121.668/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 04/08/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA DA PENA. VÍCIOS ALEGADOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JULGAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AGRAVO IMPROVIDO.

I - As teses trazidas no habeas corpus, que dizem com supostos vícios contidos na fixação da pena-base e no aumento decorrente do concurso formal, no crime patrimonial, não foram analisadas pela Corte de origem, quando do julgamento do apelo defensivo, o que impede o exame da matéria nesta oportunidade, sob pena de incorrer-se em vedada supressão de instância.

[...]

V - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 266.930/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 02/06/2014)

Por fim, inalterada a fração do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Drogas, resta prejudicado o pleito de abrandamento do modo prisional de cumprimento da pena.

Dessa forma, a decisão agravada, de modo fundamentado, deliberou acerca da impossibilidade de mitigação da fração do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e do regime inicial, bem como da inviabilidade de análise de aventado *bis in idem*, não havendo falar em ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0326425-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 311.366 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009832220128120049 00009862220128120049 9832220128120049 9862220128120049

EM MESA

JULGADO: 19/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAURILIO CEZAR DOS SANTOS SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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 : MAURILIO CEZAR DOS SANTOS SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.