



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.660 - DF (2010/0070895-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : MICHAEL RODRIGUES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO ENVOLVENDO OU VISANDO ATINGIR CRIANÇA OU ADOLESCENTE. FRAÇÃO DA MAJORANTE. FUNDAMENTAÇÃO. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Uma vez que as circunstâncias judiciais negativas (como a expressiva quantidade de drogas) já foram sopesadas para a exasperação da pena-base, não poderiam, na terceira fase da dosimetria, ser novamente consideradas para justificar a escolha de uma fração de aumento acima do mínimo legalmente previsto, sob pena de incidir-se no inadmissível *bis in idem*.

2. Ordem concedida para aplicar em 1/6 a majorante insculpida no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, determinando que o Juízo da 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, com o trânsito em julgado deste novo acórdão, proceda ao cálculo da reprimenda imposta ao paciente.

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, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 29 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.660 - DF (2010/0070895-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Michael Rodrigues dos Santos**, apontando como autoridade coatora a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação n. 2009.01.1.052827-6).

Depreende-se dos autos que o paciente cumpre pena de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (Processo-Crime n. 2009.01.1.052827-6, da 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal).

O impetrante sustentou a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que as circunstâncias judiciais seriam todas favoráveis ao paciente, razão pela qual a sua pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legalmente previsto.

Considerou que *a i. Magistrada, desarrazoadamente, estabeleceu importância diferenciada à quantidade da droga apreendida, sem observar as demais circunstâncias que, de acordo com o artigo 42 da Lei de Drogas, devem preponderar quando da fixação da pena-base, ou seja, a conduta social e a personalidade* (fl. 5).

Entendeu que, embora a quantidade de drogas deva ser sopesada para a fixação da pena-base, haja vista o enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ela não poderia ensejar a exasperação da reprimenda quando todas as demais circunstâncias judiciais forem tidas como favoráveis ao acusado.

Defendeu, outrossim, que a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deveria ter sido aplicada no patamar máximo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 2/3, e não em 1/6, como realizado pelas instâncias ordinárias, uma vez que a *quantidade da droga apreendida, por si só, não pode justificar a aplicação da causa de diminuição em patamar mínimo* (fl. 6).

Alegou que o Juiz sentenciante não teria fundamentado concretamente a elevação da reprimenda na terceira etapa da dosimetria (art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006), em fração superior à mínima legalmente prevista, em inobservância ao preceituado no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Requeru a concessão da ordem para que:

- a) fosse a pena-base reduzida ao mínimo legal;
- b) fosse aplicada, no patamar máximo de 2/3, a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; e
- c) fosse aplicada, na fração mínima de 1/6, a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas.

Dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

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

Levado a julgamento em 4/9/2012, a colenda Sexta Turma houve por bem conhecer em parte do *habeas corpus* e, nessa extensão, denegar a ordem, em acórdão assim ementado (fls. 94/95):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. QUANTUM DE AUMENTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (822,15 gramas de cocaína).

2. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente.

4. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da alegação de que a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas deveria ter sido aplicada na fração mínima de 1/6, e não em 1/2, como procedido pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pela Corte de origem, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

Inconformada, a defesa ingressou com recurso ordinário em *habeas corpus*, aqui recebido e encaminhado à Corte Suprema (fl. 133).

Em sessão realizada no dia 19/3/2013, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, após voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, deu provimento ao recurso ordinário (RHC n. 116.066/DF) para determinar que a Sexta Turma deste Tribunal conhecesse do *habeas corpus* na parte relativa à causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 e apreciasse essa matéria. Ainda, de ofício, concedeu a ordem para determinar que o Juízo da 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, com o trânsito em julgado do novo acórdão a ser proferido pelo Superior Tribunal, reduzisse a pena imposta ao ora paciente, com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.660 - DF (2010/0070895-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

As questões trazidas na impetração foram objeto de exame quando do julgamento realizado pela Sexta Turma em 4/9/2012, à exceção da alegação de que a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas deveria ter sido aplicada na fração mínima de 1/6, e não em 1/2, uma vez que essa matéria não foi expressamente analisada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, até porque nem sequer foi suscitada nas razões da apelação.

Contudo, diante da decisão da Corte Suprema proferida nos autos do RHC n. 116.066/DF, passa-se, agora, a examinar a pretendida aplicação da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo de 1/6.

Conforme se verifica da sentença condenatória, o Juiz sentenciante, ao entender pela incidência da majorante relativa ao tráfico de drogas envolvendo ou visando atingir criança ou adolescente, considerou devida a aplicação da fração de **1/2** (fl. 25), alegando, para tanto, que *as circunstâncias judiciais acima analisadas assim autorizam* (fl. 26).

Não obstante, uma vez que as circunstâncias judiciais negativas (como a expressiva quantidade de drogas) já foram sopesadas para a exasperação da pena-base, não poderiam, na terceira fase da dosimetria, ser novamente consideradas para justificar a escolha de uma fração de aumento acima do mínimo legalmente previsto, sob pena de incidir-se no inadmissível *bis in idem*.

Dessa forma, uma vez que o Juiz sentenciante não fundamentou adequadamente a incidência da majorante em questão em percentual acima do mínimo legal, deve ser concedida a ordem nesse ponto, a fim de se aplicar a majorante prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo de 1/6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apenas ressalte-se que, embora o crime de tráfico perpetrado pelo paciente tenha envolvido **dois adolescentes** – circunstância que, em princípio, denota maior reprovabilidade da conduta, a ensejar, por conseguinte, uma majoração da reprimenda em percentual acima do mínimo previsto –, verifica-se que essa circunstância em momento algum foi sopesada pelo Juiz sentenciante para fundamentar a incidência da fração de 1/2, razão pela qual, em homenagem à proibição da inovação de fundamentação, deixo de sopesar esse novo argumento para a escolha do *quantum* da majorante em questão.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para aplicar em 1/6 a majorante insculpida no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, determinando que o Juízo da 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, com o trânsito em julgado deste novo acórdão, proceda ao cálculo da reprimenda imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0070895-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.660 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090110528276 2772009

EM MESA

JULGADO: 29/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: MICHAEL RODRIGUES DOS SANTOS
CORRÉU	: CARLOS HENRIQUE DA CRUZ SOUZA

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.