



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.380 - MS (2010/0178639-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ ISMAEL MARTINEZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração a natureza altamente nociva e a elevada quantidade de droga apreendida - mais de 83 quilos de cocaína - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL FUNDAMENTADA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. 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, 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 no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a enorme quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.380 - MS (2010/0178639-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ ISMAEL MARTINEZ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de JOSÉ ISMAEL MARTINEZ contra acórdão da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, julgando a Apelação Criminal nº 2010.002504-1/0000-00, interposta pela Defesa, negou-lhe provimento, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, por estar transportando 80 (oitenta) invólucros de cocaína, totalizando 83,400 kg (oitenta e três quilos e quatrocentos gramas) da referida substância.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o juízo singular ao fixar a pena-base, para majorá-la ainda na primeira fase, utilizou-se de elementos próprios do crime de tráfico de drogas, além dos antecedentes criminais para estabelecê-la em quantidade superior ao mínimo legalmente previsto.

Alega que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, do aludido diploma legal, foi aplicada em fração inferior à máxima prevista sem fundamentação idônea que justificasse a medida, apesar de o sentenciado preencher todos os requisitos necessários a sua aplicação em seu patamar mais elevado.

Argumenta que as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, bem como as constantes do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, não poderiam ser sopesadas quando da escolha do referido redutor de pena, porquanto já teriam sido valoradas no momento da fixação da reprimenda-base, sob pena de *bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer seja fixada a pena-base no mínimo legal, bem como a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de tóxicos em seu percentual máximo, qual seja, 2/3 (dois terços).

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.380 - MS (2010/0178639-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, porque no dia 4-11-2007, trazia consigo, para fins de comercialização, a quantidade de 83,400 kg (oitenta e três quilos e quatrocentos gramas) de cocaína (e-STJ fls. 15).

Inconformada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento.

Inicialmente, no que tange à alegada inadequação da pena-base fixada para o paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria:

*Em análise às circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do CP, pela natureza do entorpecente apreendido (cocaína), tem-se como **consequência do crime**, maior nocividade à saúde pública dado o seu alto grau de dependência física e psíquica. A grande quantidade de entorpecente apreendido - 83.400g (oitenta e três quilos e quatrocentos gramas), demonstra o firme propósito criminoso do réu (dolo intenso) a revelar **culpabilidade** acentuada. Admite o réu em seu interrogatório que levaria o entorpecente ao Estado do Espírito Santo, o que revela **circunstância do crime** mais grave. Extrai-se dos autos que o réu José Ismael 'convidou' os demais co-réus a fim de ludibriar eventual ação policial, trazendo inclusive, sua filha menor de idade e portadora de deficiência, o que revela sua **conduta social reprovável**. (e-STJ fls. 55)*

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a pena-base irrogada ao paciente, considerando que "como é bem sabido, 'não há ilegalidade na dosimetria da pena-base se a majoração da pena-base se deu de maneira devidamente fundamentada, com base na valoração negativa das circunstâncias judiciais" (e-STJ fls. 124).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e a repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não se deve furtar de analisar individualmente, a saber: a culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie - tráfico de drogas -, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese em apreço, verifica-se que foram consideradas especialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade de substância entorpecente apreendida, pois, segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante na posse de **mais de 83 quilos de cocaína**, entorpecente altamente lesivo à saúde pública, o que evidencia que as instâncias ordinárias, na fixação da pena-base, atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade de droga apreendida, circunstância que, aliada ao alto grau de reprovabilidade de sua conduta, já que expôs sua filha menor de idade e portadora de deficiência à atividade delituosa (fls. 55), conforme bem explicitado pelo juiz sentenciante no édito condenatório, à toda evidência, justificam uma maior apenação na primeira etapa da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, a propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça, "A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si sós, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Nesse sentido, confira-se ainda o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

[...]

4. Ordem denegada" (HC 181.716/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2010, DJe 1/2/2011).

Por essas razões, considerando toda a fundamentação esposada, não há como se considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto que manteve a reprimenda básica aplicada acima do mínimo legal.

Quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não em 1/6 (um sexto), como procedido pelas instâncias ordinárias, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, "[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. **Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução**" (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale dizer, o legislador previu 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, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: *"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"*.

In casu, verifica-se que o juiz sentenciante fixou o patamar de 1/6 (um sexto) para a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o que foi mantido pela Corte impetrada, pelos seguintes fundamentos:

[...] certo é que a aplicação da diminuta em seu grau máximo determinado em 2/3 (dois terços) não é suficiente para garantir a função punitiva da reprimenda.

Tratando-se de tráfico de drogas, o critério mais coerente para a determinação desse 'quantum' deve ser pautado no art. 59, do Código Penal, a exemplo do regime prisional. Nesse sentido, a redução em 2/3 (dois terços) teria lugar, apenas, se todas as circunstâncias judiciais fossem favoráveis aos aludidos réus, o que não ocorre 'in casu'.

Logo, embora os apelantes não possuam maus antecedentes é certo que a reprovabilidade de sua conduta, aliada às demais circunstâncias, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, impede a redução da pena no parâmetro máximo da lei. (e-STJ fls. 124)

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve o patamar mínimo de redução prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que a natureza e a enorme quantidade de droga apreendida em poder do paciente - **80 (oitenta) invólucros de cocaína, pesando ao todo 83,400 kg (oitenta e três quilos e quatrocentos gramas)** - justificam a aplicação da menor fração prevista pela lei, qual seja, em 1/6 (um sexto), sobretudo em razão da alta nocividade da referida substância.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedente.

6. Ordem denegada.

(HC 178.964/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011 - destacamos)

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a 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.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

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 minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.**

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0178639-1

HC 186.380 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1172007 20100025041 21070095052

EM MESA

JULGADO: 02/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ ISMAEL MARTINEZ

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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.