



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.255 - SC (2016/0242825-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MARCIO GONZAGA DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DE VALORAR A QUANTIDADE E NATUREZA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. TESE IMPROCEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a natureza de droga apreendida (5 gramas de maconha, 14 pedras de *crack* com massa brutal total de 7,4 gramas e 5 porções de cocaína com peso total de 1,4 grama), exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional.

5. O Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a jurisprudência do STF, firmou entendimento no sentido de que não há restrição a que momento deve prevalecer a quantidade e a natureza da droga, se na primeira ou na terceira etapa, tratando-se de mandamento para que o julgador, dentro da sua discricionariedade, confira maior atenção às circunstâncias fixadas no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.255 - SC (2016/0242825-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MARCIO GONZAGA DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCIO GONZAGA DE OLIVEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 388 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para afastar a dupla valoração da quantidade/natureza da droga, em momentos distintos da dosimetria, e, assim, fixou a pena-base no mínimo legal, sem alterar, contudo, a reprimenda final 3 anos e 4 meses de reclusão, ante a impossibilidade de aplicação da confissão espontânea (Súmula 231 do STJ), bem como porque mantida a fração de aplicação do redutor em 1/3. Por fim, foi fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Neste *writ*, insurge-se o impetrante contra a dosimetria a pena fixada, sob o argumento de que, tendo a Corte de origem verificado o *bis in idem* em razão do sopesamento da quantidade e da natureza da droga apreendida, deveria ter sido mantida a exasperação da pena-base e aplicado o redutor em sua fração máxima, já que mais favorável ao réu.

Subsidiariamente, aduz ser desproporcional a aplicação da minorante em 1/3, haja vista não ser elevada a quantidade de droga.

Requer, assim, a declaração de nulidade do acórdão impugnado para que seja valorada "a natureza e a quantidade da droga na primeira fase dosimétrica" e aplicado o redutor no máximo. Alternativamente, pleiteia que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena ou seja fixado o redutor na fração de 2/3 ou 1/2.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 212).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 220-228).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.255 - SC (2016/0242825-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MARCIO GONZAGA DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DE VALORAR A QUANTIDADE E NATUREZA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. TESE IMPROCEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a natureza de droga apreendida (5 gramas de maconha, 14 pedras de *crack* com massa brutal total de 7,4 gramas e 5 porções de cocaína com peso total de 1,4 grama), exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional.

5. O Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a jurisprudência do STF, firmou entendimento no sentido de que não há restrição a que momento deve prevalecer a quantidade e a natureza da droga, se na primeira ou na terceira etapa, tratando-se de mandamento para que o julgador, dentro da sua discricionariedade, confira maior atenção às circunstâncias fixadas no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao prover o apelo defensivo para afastar a indevida dupla aferição da natureza/variedade de droga na dosimetria, procedeu a readequação da pena do paciente nos seguintes termos:

2. O Recorrente Márcio Gonzaga de Oliveira alega a ocorrência de *bis in idem* em razão de a natureza e a variedade da droga apreendida terem sido utilizadas como fundamento tanto para majorar a pena-base quanto para modular o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Como consequência, pontifica que esses vetores "devem vir a recrudescer a pena-base e, conseqüentemente, não interferir na terceira fase da dosimetria, mantendo-se no máximo a redução da reprimenda pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas".

Razão lhe assiste em parte, pois, embora se verifique a ocorrência de *bis in idem*, deve-se excluir a fundamentação utilizada para majorar a pena na primeira fase dosimétrica, conservando-se o patamar de 1/3 eleito pelo Magistrado sentenciante para a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

[...]

Nessa perspectiva, é vedada a decomposição dos vetores natureza, quantidade e variedade da droga para empreender o aumento da pena-base e modular a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que os critérios devem ser sopesados conjuntamente em um único momento do estágio dosimétrico, sob pena de configurar *bis in idem*.

O entendimento sufragado pelo Pretório Excelso, embora tenha vedado a incidência cumulativa dos vetores natureza, quantidade e variedade da droga nas duas etapas dosimétricas, não retirou o poder de discricionariedade do juiz na individualização da pena, deixando a seu critério escolher em qual momento essas circunstâncias deverão incidir, seja para empreender o aumento na pena-base, seja para modular o benefício contido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

[...]

2.3. Na fase derradeira, presente a causa especial de diminuição de pena contida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conserva-se o parâmetro de diminuição da reprimenda eleito pelo Magistrado sentenciante (1/3), pois a natureza e variedade do material tóxico apreendido inviabilizam a almejada adoção do patamar máximo (5 gramas de maconha, 14 pedras de *crack* com massa brutal total de 7,4 gramas e 5 porções de cocaína com peso total de 1,4 grama) (e-STJ, fl.176).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nesse prisma, consigno que não merece ser acolhida a tese defensiva de que o Tribunal *a quo* deveria sopesar a quantidade e a natureza da droga apreendida necessariamente na primeira fase da dosimetria, visto que esta Corte Superior, em consonância com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidou o entendimento de que não há restrição a que momento deve prevalecer o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, se na primeira ou na terceira etapa, tratando-se de mandamento para que o julgador, dentro da sua discricionariedade, confira maior atenção às circunstâncias nele fixadas.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL SEM REPRESENTAÇÃO NA CAPITAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE QUE A QUANTIDADE SÓ PODERIA SER CONSIDERADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DECORRENTE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MODIFICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. [...]

3. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o *writ* originário, pois, no caso concreto, o acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo o qual não se extrai do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 uma restrição ao momento em que as circunstâncias descritas devem prevalecer, se na primeira ou na terceira fase, mas um comando para que o julgador dispense maior atenção àquelas condições. Caso acolhido o argumento da defesa, o julgador estaria obrigado a ponderar a quantidade e natureza das drogas exclusivamente na primeira fase da dosimetria, a fim de propiciar a redução por circunstância atenuante na segunda fase e a fixação do redutor especial no patamar máximo na terceira.

4. Tal entendimento guarda perfeita harmonia com a jurisprudência firmada pela Suprema Corte, que, no ARE n. 666.334/MG, julgado sob o regime de repercussão geral, considerou adequado o uso de tais elementos (quantidade e natureza) em fases distintas da dosimetria, desde que de forma exclusiva em uma delas.

5. A Corte local concluiu, ao analisar as circunstâncias da apreensão da droga, que seria razoável e proporcional a aplicação da causa de diminuição no patamar de 1/6 da pena, estando, portanto, dentro do seu critério de discricionariedade, notadamente por verificar as circunstâncias inerentes ao caso concreto. Dessa forma, é inviável a análise do tema na via estreita *habeas corpus*.

6. Agravo regimental da Defensoria Pública da União não conhecido. Agravo regimental da Defensoria Pública de Santa Catarina improvido." (AgRg no HC 378008/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 16/12/2016).

No que se refere a fração adotada na aplicação da redutora, consigno que, a teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, como se observa, o Tribunal de origem justificou a incidência da minorante em 1/3, com fundamento na diversidade e na natureza das drogas apreendidas (5 gramas de maconha, 14 pedras de *crack* com massa brutal total de 7,4 gramas e 5 porções de cocaína com peso total de 1,4 grama), conforme autoriza a jurisprudência desta Corte.

Desse modo, apresentados motivos idôneos para o índice definido, a alteração desse *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"[...] 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 artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas."

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015.)

"2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. A natureza, a variedade da droga constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal." (HC 372.209/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 20/10/2016).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0242825-4

HC 371.255 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033689820168240038 00087201600208 00087201600553 082016001096323
33689820168240038 82016001096323 87201600208 87201600553

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: MARCIO GONZAGA DE OLIVEIRA (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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.