



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. 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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa extensão, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Brasília, 04 de setembro de 2012 (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 sustenta 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.

Considera 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).

Entende 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.

Defende, outrossim, que a causa especial de diminuição prevista no §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deveria ter sido aplicada no patamar máximo de 2/3, e não em 1/6, como procedido 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).

Alega 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.

Requer a concessão da ordem para que:

- a) seja a pena-base reduzida ao mínimo legal;
- b) seja 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) seja 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.

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):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 anos e 6 meses 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, porque tinha, no dia 23/4/2009, juntamente com o corréu Carlos Henrique da Cruz Souza, em depósito, para fins de difusão ilícita, **81 porções de cocaína, com massa bruta de 822,15 g (oitocentos e vinte e dois gramas e quinze centigramas)**, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Ademais, segundo restou apurado, os acusados se valiam do auxílio de **dois adolescentes** para a exploração do tráfico de drogas (fl. 15).

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, tendo sido dado parcial provimento na parte relativa ao paciente, a fim de reduzir a sua reprimenda para 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, mais multa.

Relativamente à alegada inadequação da **reprimenda-base** fixada ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho do édito condenatório relativo à primeira etapa da dosimetria, *in verbis* (fl. 25):

[...]

O réu agiu com culpabilidade. Sua ação merece reprovação e censura. A pena-base deve extrapolar o mínimo legal previsto pelo legislador, porquanto as demais circunstâncias não lhe são de todo favoráveis. Noto que ele não ostenta anotações em seu boletim de antecedentes e nada foi apurado no bojo destes autos no sentido de que tivesse ou tenha conduta social irregular ou mesmo personalidade voltada para a prática de ilícitos. Os motivos e as circunstâncias são as do tipo penal em que ele se acha incurso. As consequências devem ser valoradas contra o réu, na medida em que, apesar de a polícia ter logrado êxito em apreender a droga, sua natureza e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

principalmente, sua expressiva quantidade, autorizam aumento da pena-base contra ele. Por fim, vejo que a circunstância relativa ao comportamento da vítima não pode ser computado em seu desfavor, porque se trata do Estado, razão pela qual entendo ser justo e necessário fixar a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

[...]

A Corte de origem, por sua vez, manteve inalterada a reprimenda-base irrogada ao paciente, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fl. 49):

[...]

Ao contrário do alegado pela Defesa, as circunstâncias do delito não se mostram todas favoráveis ao acusado, agindo corretamente o ilustre julgador 'a quo' ao considerar a quantidade de substância entorpecente apreendida em poder daquele para fixar a pena-base acima do mínimo legal, nos moldes do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

Tem-se que o desiderato de tal dispositivo legal é a apenação maior daquele que é surpreendido com um montante excessivo de droga, porquanto a difusão de cocaína na quantidade apreendida, quase 1 kg (um quilo), retrata um maior descaso do sentenciado com a coletividade e com o bem jurídico protegido, qual seja, a saúde pública, fatores caracterizadores de sua periculosidade [...].

Lado outro, a substância apreendida contém o princípio ativo de alcalóide cocaína, de forte efeito alucinógeno, capaz de provocar um quadro de dependência em curto espaço de tempo, além de atrofia muscular generalizada, restando totalmente acertada a fixação da pena-base nos moldes realizados pelo douto juízo monocrático.

[...]

De plano, cumpre salientar que, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via do *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, atinentes a questões objetivas, sem que haja a necessidade de incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

In casu, observa-se que o Juiz sentenciante, quando da análise das circunstâncias judiciais, embora tenha feito breve menção à culpabilidade, considerou desfavoráveis ao paciente especialmente a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim determina:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (grifo nosso).

Com efeito, o Juiz singular, ao estabelecer a pena-base acima do mínimo legalmente previsto, destacou que foi apreendida *expressiva quantidade* de droga, a saber, **822,15 gramas de cocaína**, tendo a Corte de origem ressaltado que *a substância apreendida contém o princípio ativo de alcalóide cocaína, de forte efeito alucinógeno, capaz de provocar um quadro de dependência em curto espaço de tempo, além de atrofia muscular generalizada* (fl. 49), o que evidencia que as instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do paciente, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, **haja vista a transnacionalidade do delito, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - 1.117,41 g de cocaína -, circunstâncias que demonstram o acentuado grau reprovabilidade de sua conduta.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 156.346/PE, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o magistrado singular considerou devida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da fração de **1/6**, *por entender que a quantidade da droga apreendida assim autoriza* (fl. 25).

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve inalterado em 1/6 o *quantum* de redução de pena, pelos argumentos abaixo delineados (fls. 49/50):

[...]

Conforme transcrição supra, o ilustre Juiz de primeiro grau, ao fixar o patamar no mínimo legal (um sexto), o fez tomando por base a elevada quantidade de cocaína apreendida com o réu.

Ora, é de se ver que, para a fixação do grau de diminuição da pena com fundamento no referido dispositivo legal, deve o magistrado sentenciante considerar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, bem como as do artigo 42 da Lei de Drogas, em casos de tráfico.

Deste modo, tem-se que o eminente Juiz de primeiro grau agiu com total acerto ao considerar a quantidade da droga encontrada em poder dos réus para fixar a diminuição de sua reprimenda no mínimo legal, 1/6 (um sexto).

[...]

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição 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 critérios 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.

Assim, na esteira do entendimento adotado por este Superior Tribunal, *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. 145.989/RJ, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 6/12/2010).

Por essas razões, a partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de **1/6** de diminuição de pena, considerando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a **natureza** e a **elevada** quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente – **822,15 g** –, circunstâncias que, a toda evidência, justificam uma maior reprimenda penal e impedem, por sua vez, a aplicação da minorante em questão no maior percentual previsto em lei, como pretendido.

A propósito, consoante julgado do Supremo Tribunal Federal: *O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo* (STF, HC n. 105.950/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, publicado em 1º/2/2011).

Ademais, ao contrário do alegado na impetração, não há como prosperar a alegação de que caracterizaria *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para a elevação da pena-base e para negar a incidência da fração de 2/3 de diminuição de pena na terceira etapa da dosimetria, uma vez que se trata, na verdade, apenas da utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos distintos da aplicação da pena e com finalidades diversas, objetivando a aplicação da reprimenda que se mostre a mais adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado.

Nesse sentido, confira-se recente julgado da Sexta Turma deste Tribunal:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO INSTRUMENTO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PATAMAR MÍNIMO. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGAS. MENOR FRAÇÃO.

1. O legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deixando de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que devem ser consideradas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no percentual mínimo de 1/6, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n.º 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade e a espécie de entorpecente encontrado em poder do acusado.

3. **Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior 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.**

4. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no Ag n. 1.403.921/MG, Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

No que tange à 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, verifica-se que **essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem**, o que impede a sua apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, **denego** a ordem.



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: 04/09/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

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

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 Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.