



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 271.374 - MG (2013/0172301-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**  
**AGRAVANTE** : DAVID DOS SANTOS GARCIA (PRESO)  
**ADVOGADO** : ADRIANO CARLOS DE OLIVEIRA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
**AGRAVADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM FRAÇÃO DIVERSA DA MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO RECURSO IMPROVIDO.

**1.** A natureza e a quantidade de entorpecente apreendido em poder do paciente, a saber, 214,45g (duzentos e quatorze gramas e quarenta e cinco centigramas) de *crack*, autorizam a incidência da causa de diminuição contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 na fração mínima de 1/6 (um sexto).

**2.** Agravo regimental a que se nega provimento.

### 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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE , Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 271.374 - MG (2013/0172301-7)

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública da União contra a decisão monocrática proferida por este relator, nos seguintes termos (fls. 311/316):

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de David dos Santos Garcia – condenado como incurso no art. 33, **caput** e § 4º, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto -, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Insurge-se o impetrante, em síntese, contra a fração de diminuição de pena fixada pelas instâncias ordinárias, pois, a seu ver, não ficou devidamente motivada a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no mínimo legal. Aduz que a fundamentação utilizada pelo Juízo **a quo** não reflete a verdade dos autos e que o Tribunal de origem agregou novos argumentos. Por fim, considera que a quantidade e a natureza da droga já foram analisadas para fixar a pena-base, não podendo ser novamente utilizadas para fixar a fração redutora, sob pena de **bis in idem**.

Pugna, liminarmente, pela possibilidade de aguardar o julgamento final do **writ** em liberdade. No mérito, pede a aplicação da causa redutora na fração máxima.

A liminar foi indeferida às fls. 295/296 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 304/309, pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

**Habeas Corpus.** Tráfico de entorpecentes. Aplicação da minorante prevista art. 33 § 4º da Lei de Drogas. Impossibilidade. Natureza, quantidade e acondicionamento da droga apreendida. Réu que se dedica à mercancia. Constrangimento ilegal não caracterizado. Dosimetria. **Bis in idem.** Inocorrência. Parecer pelo não conhecimento da ordem e, se acaso conhecida, pela sua denegação.

Brevemente relatado, decido.

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No presente **mandamus**, insurge-se o impetrante, em síntese, contra o patamar de redução da pena, por entender que não ficou devidamente motivada a escolha da redutora no mínimo. Aduz, ainda, não ser possível valorar a quantidade e qualidade da droga para fixar a pena-base e para escolher a fração de diminuição da pena, sob pena de **bis in idem**.

Mister destacar, num primeiro momento, que o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. No entanto, passo à análise da irresignação, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever a fundamentação declinada pelo Juízo **a quo**, para justificar a escolha do patamar de redução da pena (fls. 146/147):

"Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal Brasileiro, passo a fixar-lhe a pena. CULPABILIDADE: encontra-se presente, eis que imputável e possuidor de potencial consciência da ilicitude de seus atos, sendo-lhe exigida



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta diversa da praticada. ANTECEDENTES: analisada sua Certidão de Antecedentes Criminais, verifica-se que o réu não possui antecedentes maculados. CONDUTA SOCIAL: não é boa, pelo que se infere dos autos, o acusado não trabalha, não estuda e, segundo moradores ouvidos na comunicação de serviço ele fica o dia inteiro vendendo drogas. PERSONALIDADE: não restaram suficientemente demonstradas. MOTIVOS: embora não declinados, referem-se ao ganho fácil. CIRCUNSTÂNCIAS e CONSEQUÊNCIAS são as inerentes ao tipo legal. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: não há que se falar em contribuição para a prática do ilícito. Examinadas as circunstâncias judiciais e considerando o disposto no artigo 42 da Lei 11343/06, notadamente a quantidade de crack apreendida, 214,45g (cf. laudo toxicológico), de extrema potencialidade lesiva, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 dias-multa. Existem as atenuantes da menoridade e da confissão, motivo pelo qual reduzo as penas em 01 ano de reclusão e 100 dias-multa. Não existe circunstância agravante. Existe a causa de diminuição de pena, prevista no §4º, do art. 33, da Lei 11343/06, como acima já exposto. Contudo, o percentual de redução das penas deve ser no percentual mínimo, ou seja, 1/6 (um sexto), considerando a prova dos autos de que o acusado reitera na prática de ilícitos penais, demonstrando comportamento voltado para as atividades criminosas. Assim, diminuo a pena em 10 meses de reclusão e 83 dias-multa, perfazendo as penas em 04 anos e 02 meses de reclusão e 417 dias-multa. Não existe causa de aumento de pena. Desta forma, fica concretizada a pena do acusado em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417 dias-multa, fixando o dia-multa em 1/30 do salário mínimo, uma vez que não há prova de que a situação econômica do réu suporte fixação em limite superior. O acusado deverá cumprir a pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto, considerando o disposto no artigo 33, alínea "b", do CP (...). Desta forma, para sanar a omissão, faço incidir a causa de aumento prevista no artigo 40, VI, da Lei 11.343/06, na terceira fase da dosagem da pena e, em razão disso, aumento a pena em 08 (oito) meses e 10 dias de reclusão e 69 dias-multa, totalizando as penas em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão em regime inicial semiaberto e 486 dias-multa, fixando o dia-multa em 1/30 do salário mínimo, ficando mantidos os demais termos da sentença. O Tribunal de origem, por seu turno, manteve "inalterada a sentença que aplicou ao acusado o benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos no menor patamar (1/6), diante da quantidade e natureza da droga apreendida (crack 214,45g – fl. 88), nos termos do art. 42 da referida Lei" (fl. 251).

Como é cediço, a aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei - Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária motivação e fundamentação.

Da leitura das referidas passagens, verifica-se que a pena-base do paciente foi fixada 1 (um) ano acima do mínimo legal, em virtude da quantidade e qualidade da droga apreendida - 214,45 g (duzentos e quatorze gramas e quarenta e cinco centigramas) de crack. Na segunda fase da dosimetria, a pena retornou ao mínimo legal, haja vista a existência de duas atenuantes em seu favor – menoridade e confissão.

Por fim, incidiu a causa de aumento constante no art. 40, inciso VI, e a causa de diminuição prevista no art. 44, § 3º, ambos da Lei nº 11.343/2006. A causa de diminuição foi fixada em 1/6 (um sexto), em virtude de o paciente reiterar "na prática de ilícitos penais, demonstrando comportamento voltado para as atividades criminosas" (fl. 146). Considerando, ainda, a Corte **a quo**, justificada a fração escolhida, haja vista a quantidade e natureza da droga apreendida (214,45 g de crack). Dessarte, não constato qualquer constrangimento ilegal.

De fato, o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ao trazer causa de diminuição da pena, gradua o benefício entre 1/6 a 2/3. Assim, mostra-se coerente com o próprio sistema trazido pela Lei de Drogas, que a gradação guarde relação com as particularidades do caso concreto, as quais normalmente se expressam por meio da conduta do paciente ou da quantidade, qualidade e diversidade da droga, circunstâncias já consideradas preponderantes no referido crime.

Com efeito, a própria Lei de Drogas determina, no art. 42, 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". Assim, mostra-se devidamente justificada a redutora escolhida, haja vista o fato de o paciente reiterar na prática delitiva e ter sido apreendida expressiva quantidade de droga.

Note-se que ambas as motivações mostram-se suficientes a justificar a redução em seu mínimo, quer isoladamente, quer em conjunto, razão pela qual não há se falar em constrangimento ilegal. Ademais, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que a valoração da quantidade e qualidade da droga na primeira e na segunda fases da dosimetria não representa **bis idem**.

A propósito, veja-se o seguinte julgado:

**HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DE PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO **QUANTUM**. REDUÇÃO MÉDIA. REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. **HABEAS CORPUS** PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, PARCIALMENTE CONCEDIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Paciente condenado à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido com 39,06g de maconha (06 tabletes e 02 pacotinhos) e uma pedra de crack (0,44g). 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 causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. 3. Não se trata de violação ao princípio do **ne bis in idem**, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos. 4. Na espécie, à luz do art. 42 do mesmo Diploma Repressivo, diante da variedade, natureza e da pequena quantidade das drogas apreendidas, faz jus a Paciente ao grau médio de redução, qual seja: 1/2. 5. (...). (HC 248.703/RS, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 24/10/2012).

Portanto, não verifico constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem de ofício, razão pela qual nego seguimento ao presente **habeas corpus**.

Publique-se.

Intime-se.

Em suas razões, reitera o agravante a alegação de ausência de motivação idônea para a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no mínimo legal de 1/6 (um sexto), asseverando que "atos infracionais não podem ser considerados como maus antecedentes, tão pouco se prestam a induzir a reincidência. Desse modo, não havendo outros argumentos que justifiquem a aplicação da causa de diminuição no seu patamar mínimo, deve-se aplicar o *quantum* de 2/3" (fl. 329).

Busca, assim, a reconsideração da decisão ou a remessa do recurso à Quinta Turma, a fim de que seja concedida a ordem de **habeas corpus**.

É o relatório.





## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 271.374 - MG (2013/0172301-7)**

### **VOTO**

#### **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):**

Não há como acolher a presente irresignação.

Com efeito, em que pese à discussão acerca da possibilidade de atos infracionais anteriores impedirem a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no grau máximo, o fato é que a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido em poder do paciente, a meu ver, não autorizam a incidência da referida minorante em fração diversa da mínima de 1/6 (um sexto).

Ademais, a própria Lei de Drogas determina, no art. 42, 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".

Assim, considerando ser coerente com o próprio sistema trazido pela Lei de Drogas que a gradação entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços) guarde relação com as particularidades do caso concreto, as quais normalmente se expressam por meio da conduta do paciente ou da quantidade, qualidade e diversidade da droga, circunstâncias já consideradas preponderantes no referido crime, as decisões das instâncias ordinárias encontram-se em consonância com a uníssona jurisprudência desta Corte, inexistindo, portanto, ilegalidade flagrante a ser reparada.

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0172301-7

**AgRg no**  
**HC 271.374 / MG**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 024120536107 0536107572012 100241205336107001 1413922 24120398433  
24120536107 536107572012

EM MESA

JULGADO: 17/09/2013

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : DAVID DOS SANTOS GARCIA (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 : DAVID DOS SANTOS GARCIA (PRESO)  
ADVOGADO : ADRIANO CARLOS DE OLIVEIRA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

#### **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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.