



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 815546 - SC (2023/0120533-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
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 : FABRICIO SEBASTIAO DOS SANTOS SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO RELEVANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, visando a fixação da pena-base no mínimo legal, diante da apreensão de 6,2g de crack.
2. O Tribunal de Justiça manteve a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade e natureza da droga apreendida, considerando a potencial nocividade do entorpecente.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a quantidade de 6,2g de crack justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, conforme o art. 42 da Lei 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A quantidade de 6,2g de crack não é considerada expressiva, sendo desproporcional a exasperação da pena-base apenas com base na natureza e quantidade da droga.
5. A jurisprudência desta Corte entende que a quantidade não expressiva de droga não constitui, isoladamente, motivo para justificar o aumento da pena-base.

IV. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay

Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 815546 - SC (2023/0120533-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
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 : FABRICIO SEBASTIAO DOS SANTOS SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO RELEVANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, visando a fixação da pena-base no mínimo legal, diante da apreensão de 6,2g de crack.
2. O Tribunal de Justiça manteve a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade e natureza da droga apreendida, considerando a potencial nocividade do entorpecente.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a quantidade de 6,2g de crack justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, conforme o art. 42 da Lei 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A quantidade de 6,2g de crack não é considerada expressiva, sendo desproporcional a exasperação da pena-base apenas com base na natureza e quantidade da droga.
5. A jurisprudência desta Corte entende que a quantidade não expressiva de droga não constitui, isoladamente, motivo para justificar o aumento da pena-base.

IV. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FABRICIO

SEBASTIAO DOS SANTOS SILVA, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Autos n.5043177-97.2022.8.24.0038).

O paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 07 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 777 dias-multa, por infração ao art. 33 da Lei 11.343/06.

O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento ao apelo defensivo, sendo assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. AVENTADA A ILICITUDE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E DA PROVA DERIVADA DA BUSCA PESSOAL REALIZADA PELA GUARDA MUNICIPAL. NÃO ACOLHIMENTO. FUNDADA SUSPEITA VERIFICADA. EXEGESE DO ARTIGO 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE, ADEMAIS, QUE INCUMBE A QUALQUER UM DO POVO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA POSSE DE DROGAS DESTINADAS AO CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS) OU OFERECIMENTO DE DROGAS PARA USO COMPARTILHADO (ART. 33, § 3º, DA REFERIDA LEI). INVIABILIDADE. DEPOIMENTOS DOS GUARDAS MUNICIPAIS E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO DE ENTORPECENTES QUE, CONJUGADOS, EVIDENCIAM A DESTINAÇÃO COMERCIAL DOS NARCÓTICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. AINDA, REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA QUE NÃO MERECE CONHECIMENTO. PROVIDÊNCIA JÁ ATENDIDA SENTENCIALMENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Tendo em vista que a abordagem teve motivação, porquanto baseada na atitude suspeita de indivíduos que se encontravam em local conhecido por ser ponto de drogas, tanto que resultou na localização e apreensão de estupefacientes que se destinavam à mercancia ilícita, não há falar em ausência de fundada suspeita. Ademais, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

2. Inviável a desclassificação do crime de tráfico de drogas para a tipificação prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06 ou para aquela disposta no art. 33, § 3º, da mesma lei, quando presentes diversas circunstâncias que confirmam a destinação comercial dos entorpecentes apreendidos.

3. Não se conhece de pedido já atendido sentencialmente, por ausência de interesse recursal.

Em seguida, foram opostos os embargos de declaração, os quais foram rejeitados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA QUE NÃO FOI SUSCITADA PELA DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. DESÍGNIO DE INOVAR A TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE E/OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios só podem ser usados com a finalidade precípua de esclarecer ambiguidades, obscuridades e contradições ou sanar omissão existente no julgado, a teor do que dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, não constituindo meio processual adequado para provocar o julgador a que renove ou reforce a fundamentação já exposta no decisum atacado, ou, ainda, que proceda à análise de novas teses recursais, até então não objeto de insurgência.

2. "[...] Os embargos declaratórios não podem, de regra, inovar em relação aos temas apresentados na decisão recorrida [...]". (STJ - Edcl no R Esp. n. 526.905/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 08/03/2005).

Na inicial, busca o impetrante a fixação da pena-base no mínimo legal.

A liminar foi indeferida pelo Min. João Batista Moreira (e-STJ fls. 217-218).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 266-269):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. UTILIZAÇÃO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRÁFICO. FRAÇÃO DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. QUALIDADE DA DROGA. CRITÉRIO DO JULGADOR. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia posta em julgamento é sobre a possibilidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da quantidade e natureza das drogas apreendidas, no caso 6,2g de crack.

A respeito, entende esta corte, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei 11.343/2006, que a quantidade e diversidade dos entorpecentes encontrados com o agente podem servir como fundamento para a exasperação da pena base, não ignorando que o aumento e a fração utilizada devem ser proporcional ao *quantum* de droga apreendido.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Juízo sentenciante, atado à discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas, deve considerar, ainda, de forma preponderante, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. No caso, o montante encontrado é diminuto, de modo que é manifestamente desproporcional sopesar somente a natureza e a quantidade de drogas para justificar a exasperação da pena-base.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 822.629/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 28/6/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no HC n. 736.623/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.)

2. No caso, a decisão agravada afastou o acréscimo da pena-base pois, não obstante a natureza gravosa da droga apreendida, trata-se, no caso, de quantidade que não é expressiva (220,7g de cocaína e 163,690g de maconha), o que vai ao encontro da orientação desta Corte Superior, no sentido de que a apreensão de quantidade não relevante de droga não constitui, de forma isolada, motivo apto à manutenção da segregação cautelar.3. Agravo regimental desprovido.(AgRg no HC n. 834.172/PA, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024.)

No caso, o acórdão manteve a exasperação da pena base com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 208-209):

De todo modo, ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que se considerasse pertinente o exame de novas teses recursais em sede de embargos de declaração, observa-se que a insurgência não haveria de ser acolhida.

Como se sabe, o art. 42 da Lei n. 11.343/06 dispõe 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".

[...]

No presente caso, houve a apreensão de 32 (trinta e duas) porções de crack, pesando o montante de 6,2g (seis gramas e dois decigramas) (Evento 13 dos autos da ação penal).

Nesse contexto, a potencial nocividade do entorpecente - cuja apreensão, registra-se, não se deu em quantidade inexpressiva -, na esteira do entendimento sentencial, é elemento que traduz especial gravidade ao delito e justifica o aumento da pena com fundamento no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Além disso, ao contrário do que sustenta o embargante, plenamente possível a valoração isolada da natureza e da quantidade de droga que, por afetarem a prática criminosa em diferentes aspectos, podem ser quantificadas separadamente.

No particular, verifico que a basal foi aumentada tendo por fundamento a quantidade de droga apreendida (6,2g de crack).

Com efeito, o art. 59 do Código Penal elenca uma série de circunstâncias judiciais que deverão ser observadas pelo sentenciante para fixar a pena-base e o regime inicial de cumprimento da pena do acusado, levando em consideração os princípios da necessidade, suficiência, reprovabilidade e prevenção.

De forma especial, o artigo 42 da Lei de drogas determina que o juiz, na fixação das penas, deverá considerar com preponderância a natureza e a quantidade da droga apreendida, a personalidade e a conduta social do agente.

Como visto acima, a basal foi aumentada ao singelo argumento de quantidade apreciável da droga apreendida.

É assente nesta Corte Superior de Justiça que *"embora a exasperação da pena-base possa ter como fundamento a nocividade da droga apreendida, se a quantidade não for considerada expressiva, é desproporcional sopesar negativamente tal circunstância"* (AgRg no HC n. 698.792/ES, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022).

No caso ora em julgamento, tenho que a apreensão de 6,2g de crack não é expressiva, devendo ser afastada a fração de 1/6 aplicada na origem.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO. PENA-BASE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É manifesta a ilegalidade no aumento da pena-base quando foram aferidos a natureza de ínfima quantidade de entorpecentes e elementos inerentes ao tipo penal para agravar a situação do réu.

2. Não houve a indicação de qualquer dado concreto que comprove a

habitualidade delitiva dos agentes. Ao contrário, a quantidade de entorpecente demonstra a pequena nocividade na conduta. Ademais, a posse das armas de fogo, uma de uso permitido e outra com numeração raspada, foram valoradas como condutas autônomas, vez que não foram utilizadas como meio de intimidação para a traficância, sendo, portanto, ilegal a dupla valoração de tal circunstância para afastar o tráfico privilegiado. Logo, correta a aplicação da fração de redução em 2/3, diante de todo o contexto dos autos.

3. Agravo regimental não provido. RELATÓRIO Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL de decisão na qual concedi a ordem, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal e para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, redimensionando as penas do agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais 204 dias-multa, estendendo os efeitos dessa decisão ao corrêu HENRIQUE EINECKE SOARES.

(AgRg no HC n. 870.096/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 12/4/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO ESPECIAL PREENCHE OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. Deve se conhecer do recurso especial quando preenchidos os requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade.

2. O STJ entende que não se justifica aumentar a pena-base quando a quantidade de droga não é tão elevada a ponto de exceder as elementares do tipo penal.

3. A jurisprudência desta Corte Superior também determina que, necessariamente, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas devem ser usadas na primeira fase da dosimetria da pena, e configura *bis in idem* punitivo o uso desse argumento na primeira e terceira fases da fixação da pena. O que, recentemente, a Terceira Seção do STJ passou a entender é a possibilidade de a quantidade e a natureza das drogas - quando relevantes - serem usadas para modular a fração da redução da pena, mas não afastá-la totalmente.

4. No presente caso foi apreendida com o agravante - réu primário, e sem antecedentes - a quantidade ínfima de 275,88g (duzentos e setenta e cinco gramas e oitenta e oito miligramas) de maconha; 18,49g (dezoito gramas e quarenta e nove miligramas) de crack; e, por fim, 21,38g (vinte e um gramas e trinta e oito miligramas) de cocaína. Então, considerando que a quantidade de droga apreendida já é parte das circunstâncias elementares do crime imputado, e não há nenhum indicativo de que o réu integre grupo criminoso, assim como o Tribunal de origem não indicou nenhum fundamento concreto que justifique validamente a aplicação de algum vetor do art. 59 do Código Penal que justifique o aumento da pena na primeira fase da dosimetria, deve ser fixada a pena-base no mínimo legal, além de ser aplicada a fração máxima da redução da pena na terceira fase.

5. Agravo regimental provido, a fim de se conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, para reformar a pena determinada pela Corte de origem, reduzindo-a em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime

inicial aberto, que deverá ser substituída por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juiz da Execução Penal, e o pagamento de 166 dias-multa.

(AgRg no AREsp n. 2.407.117/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 4/3/2024.)

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para redimensionar a pena do paciente ao patamar de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado e 680 dias-multa.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0120533-6

HC 815.546 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50416674920228240038 50431779720228240038

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

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 : FABRICIO SEBASTIAO DOS SANTOS SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.