



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 402.650 - MS (2017/0134526-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : EMILI TAISA SANTOS CAETANO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO (949G DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO CONCESSÃO. DEDICAÇÃO DA PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Na hipótese, a pena-base foi exasperada com fundamento na quantidade de droga apreendida em poder da paciente, o que se encontra em pleno alinhamento com a jurisprudência desta Corte de que a expressiva quantidade de entorpecente é elemento apto a justificar a majoração da pena-base.

3. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. O Tribunal de Justiça afastou a aplicação do tráfico privilegiado por entender que a paciente se dedicava à prática de atividade criminosa.

5. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a quantidade da reprimenda aplicada, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

6. No caso em apreço, o regime fechado foi estabelecido com fundamento na quantidade de droga apreendida (949g de maconha). Ademais, apesar de a sanção definitiva ter sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão (7 anos e 6 meses), verifica-se a presença de circunstância judicial desfavorável, tanto que a reprimenda básica foi estabelecida além do mínimo, o que permite o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

7. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, em razão do *quantum* de pena aplicada, verifica-se não estar preenchido o requisito necessário previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 402.650 - MS (2017/0134526-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : EMILI TAISA SANTOS CAETANO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por EMILI TAISA SANTOS CAETANO contra decisão monocrática de minha lavra que denegou a ordem de *habeas corpus*, não reduzindo a pena-base ao patamar mínimo, nem concedendo à ora agravante a pretendida aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas (e-STJ fls. 572/586).

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e ao pagamento de 312 (trezentos e doze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 357/367), tendo em vista que, juntamente com outro corréu, foi surpreendida na posse de **949g (novecentos e quarenta e nove gramas) de maconha**, distribuídos em dois tabletes (e-STJ fl. 27).

Interposta apelação pelas partes, os desembargadores da Segunda Câmara Criminal negaram provimento ao recurso defensivo e deram parcial provimento ao apelo ministerial a fim de afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, alterar o regime prisional para o fechado e redimensionar a fração do art. 40, VI, da Lei de Drogas, para 1/6 (um sexto), e-STJ fls. 542/551.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 542):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DA ACUSAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO DE AGENTES - PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS DENUNCIADOS COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/06 - AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO DE UM DOS ACUSADOS - FALTA DE PROVA DO LIAME SUBJETIVO NECESSÁRIO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - AUMENTO DA PENA-BASE NÃO ACOLHIDO - NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE CONSIDERADAS NA DOSIMETRIA AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS - AGENTE DEDICADA A PRÁTICAS ILÍCITAS - POSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR ATOS INFRACIONAIS PARA FINS DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE REDUÇÃO RELATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Havendo fundada incerteza acerca da autoria do fato típico, conclui-se não existir prova suficiente para a condenação, a incidir em benefício do acusado o princípio do in dubio pro reo.

Sem a prova do envolvimento dos acusados com a prática do crime de tráfico de entorpecentes, tampouco da existência de liame subjetivo entre eles com o objetivo de juntos delinquir, é impertinente o pedido de condenação com fundamento no art. 35 da Lei n. 11.343/06.

Atos infracionais praticados pelo agente no período que antecedeu sua maioridade, quando demonstram uma inclinação à prática de delitos, podem ser considerados para efeito de afastar a incidência da causa de redução de pena relativa ao tráfico privilegiado.

É possível a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Recurso provido em parte.

No writ impetrado no STJ, a Defensoria Pública apontou constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base, bem como do afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sustentou que "a pena foi aumentada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses acima do mínimo legal somente em razão da 'quantidade' e 'natureza' da droga apreendida, mesmo sendo valoradas favoravelmente ao paciente a maioria das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal" (e-STJ fl. 9).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirmou que o Tribunal de Justiça afastou a aplicação da minorante com fundamento em atos infracionais e processos em andamento, apesar de a paciente ser primária, sem antecedentes, além de não existir prova nos autos de que se dedicava a atividades criminosas ou de que integrava organização criminosa, havendo, somente, evidências inequívocas de que tenha atuado como "mula", estando preenchidos todos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado em sua fração máxima de 2/3 (dois terços).

Ressaltou, ainda, não ser expressiva a quantidade de droga encontrada em seu poder se comparadas àquelas comumente apreendidas em Mato Grosso do Sul.

Defendeu que *"o acolhimento dos pleitos anteriores e o redimensionamento em razão da aplicação do redutor máximo de 2/3 (dois terços) por conta da causa de diminuição do §4º do art. 33 da lei de drogas, tem-se que a pena definitiva não ultrapassará o montante de 4 (quatro) anos, permitindo, assim, de acordo com o art. 33, §2º, alínea "c", do CP, a fixação do regime inicial ABERTO para o cumprimento da pena"* (e-STJ fl. 20). E alegou ausência de fundamentação idônea para o recrudescimento do regime prisional com base, somente, na gravidade abstrata do delito, em patente afronta ao disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do STF.

Por fim, aduziu que *"não haverá óbice para a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, tendo em vista que após o reconhecimento do tráfico privilegiado e, conseqüente redimensionamento da pena, está restará fixada em quantum inferior a 04 (quatro) anos"* (e-STJ fls. 22/23).

Diante disso, postulou a concessão da ordem a fim de reduzir a pena-base ao patamar mínimo, bem como aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, além de estabelecer o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 1/25).

No entanto, a ordem de *habeas corpus* foi denegada (e-STJ fls. 572/586).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste agravo regimental, a Defensoria Pública alega que não há provas de que a agravante se dedica a atividades criminosas, existindo, apenas, mera presunção de tal prática, além de a quantidade e a natureza da droga apreendida não justificarem a exasperação da pena-base.

Reitera que *"no presente caso todos os requisitos legais para o preenchimento da causa especial de diminuição de pena se encontram presentes, não tendo prova nos autos de que a Agravante se dedicava à atividade criminosa"* (e-STJ fl. 603).

Afirma que *"foram apreendidos com a paciente 0,949 g. de maconha, não podendo ser considerado elevada quantidade, além do fato de tratar-se de maconha, droga de menor potencial ofensivo"* (e-STJ fl. 604), e alega que a pena-base foi aumentada somente em razão da "quantidade" e da "natureza" da droga apreendida, mesmo sendo valoradas favoravelmente a maioria das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Por derradeiro, sustenta que, com o acolhimento dos pleitos anteriores e a concessão da minorante na fração de 2/3 (dois terços), a pena definitiva não ultrapassará o montante de 4 (quatro) anos, o que permite a fixação do regime prisional aberto, além da substituição da pena por medidas alternativas, e invoca o disposto na Súmula n. 269 do STJ.

Diante disso, pede a reconsideração da decisão, ou, caso assim não se entenda, a remessa do presente recurso à Sexta Turma desta Casa para que seja reformada a decisão monocrática recorrida, em que foi denegada a ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 402.650 - MS (2017/0134526-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como se vê do relatório, busca-se, neste recurso, a reforma da decisão singular que denegou a ordem de *habeas corpus* não reduzindo a pena-base ao patamar mínimo, nem concedendo a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, com o consequente abrandamento do regime prisional para o aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em medidas alternativas.

Alega a defesa, primeiramente, que a pena-base foi indevidamente exasperada, levando-se em consideração, apenas, a "quantidade" e a "natureza" da droga apreendida.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Nos presentes autos, o Juízo singular, ao proceder à dosimetria penal, assim se manifestou quanto à reprimenda básica (e-STJ fl. 365), o que foi mantido pelo Tribunal local:

Passa-se à dosagem das penas.

*A culpabilidade em nada excede a normalidade; não registra antecedentes; em relação à conduta social e personalidade, tem-se que a ré é voltada à prática de crimes, em constante conflito social, pois apesar da pouca idade, possui diversas passagens policiais e já foi condenada por este Juízo por crime de roubo, o qual ainda não transitou em julgado, por isso não configura reincidência nem maus antecedentes; os motivos do crime não desbordam do comum; **as circunstâncias do crime, considerando a quantidade de droga transportada, 949g (novecentos e quarenta e nove gramas) da droga denominada maconha, representa maior grau***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de risco social, justificando a exasperação da pena base; as conseqüências do crime não foram graves, ante a atuação da polícia.

Atentando-se, pois, para as diretrizes do art. 59, do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, fixa-se a pena-base em 07 anos e 06 meses de reclusão e 750 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo (grifei).

O legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado.

E mais, a legislação ordinária não exige que as circunstâncias judiciais sejam todas consideradas desfavoráveis para a fixação da pena em patamar superior ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal.

Entretanto, atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, o art. 42 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.

Na espécie, as instâncias originárias, respeitando os critérios acima referidos, bem como os pormenores da situação em concreto, fixaram e mantiveram o aumento da reprimenda em 1/2 (metade) acima do mínimo legal, destacando a **exasperada quantidade da substância entorpecente apreendida**. Tal o contexto, sobretudo por tratar-se de circunstância preponderante na fixação da reprimenda, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observo teratologia no cálculo da sanção a justificar a concessão da ordem de ofício.

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. MAUS ANTECEDENTES EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida - 192 porções de cocaína, pesando 40, 5g - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), bem como a existência de maus antecedentes.

2. Ordem denegada (HC 384.911/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

3. A pena-base foi fixada em 2 anos acima do piso mínimo e, ao contrário do que alega o impetrante, não há falar em ausência de justificativa, porquanto, lastreada no caso concreto, a motivação foi baseada na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes, 105 porções de maconha, 105 porções de cocaína e 176 porções de crack.

[...]

5. É adequado o regime fechado de cumprimento da pena para o total da reprimenda fixada, acima de 8 anos de reclusão.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 335.784/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 6.368/1976). DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MAJORANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATIVA À ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO E QUANTUM DAS MAJORANTES. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA NA INTEGRALIDADE. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Uma vez que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente, sobretudo porque não houve desproporcionalidade no aumento de 2 anos na primeira fase da dosimetria, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 3 a 15 anos de reclusão. De fato, as peculiaridades do caso concreto, em que houve a apreensão de mais de 18 kg de cocaína, em contexto de tráfico transnacional de drogas, justificam maior reprimenda penal.

[...]

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, com devolução dos autos ao Tribunal de origem, para nova análise dos temas indicados no voto do relator (HC 181.204/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016, grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA DROGA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A pena-base fixada acima do mínimo legal, com fundamento na expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 537,5g de maconha -, é considerada por esta Corte Superior motivação concreta e adequada, não se revelando, assim, desproporção na dosimetria, sobretudo porque o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base. Precedentes.

[...]

7. *Habeas corpus não conhecido* [...] (HC 260.983/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 18/4/2016, grifei).

Em relação ao tema, as instâncias ordinárias encontram-se em pleno alinhamento com a jurisprudência desta Corte Superior de que a expressiva quantidade de droga constitui elemento apto a justificar a majoração da pena-base.

Portanto, ao contrário do que sustenta a defesa, que houve excessivo rigor na majoração da pena-base, em razão única e exclusivamente da quantidade de droga, na primeira fase da dosimetria, não vislumbro a ocorrência do alegado constrangimento ilegal, tendo em vista que foi devidamente considerada a quantidade da substância entorpecente apreendida (**949g de maconha**) em poder da agravante, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No que tange ao tráfico privilegiado, a Corte local, ao dar parcial provimento ao apelo ministerial, afastou a causa de redução da pena, nestes termos (e-STJ fls. 547/548):

Do afastamento da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

O apelante sustenta que a recorrida Emili não teria direito à redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, isso por entender que não tem bons antecedentes. A tal efeito argumenta que ela já respondeu por diversos atos infracionais de diferentes espécies como tráfico de drogas, furto, porte de arma e roubo qualificado.

O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, estabelece que as penas do caput poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3 desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Trata-se de minorante fundada em razões de política criminal e que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

visa a beneficiar o pequeno traficante, aquele que ainda não está profundamente envolvido com o mundo do crime e que pelas circunstâncias merece uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

A certidão de antecedentes de Emili Taisa Santos Caetano (f. 123-124) atesta seu envolvimento habitual com a prática de delitos desde os tempos de menoridade, a considerar os diversos registros de atos infracionais, até mesmo ocorrências criminais relacionadas aos delitos de tráfico de drogas e roubo qualificado, este último com imposição de pena privativa de liberdade.

Outro forte indicativo de que se trata de pessoa dedicada a atividades criminosas pode ser extraído dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, todos eles uníssonos em afirmar que já era conhecido seu envolvimento com práticas ilícitas.

Destaco, ainda, que a própria sentença condenatória, na parte reservada à dosimetria da pena, refere-se à recorrida como pessoa voltada à prática de crimes, com diversas passagens policiais.

Entendo que atos infracionais praticados pelo agente no período que antecedeu sua maioridade, quando demonstram uma inclinação à prática de delitos, podem ser considerados para efeito de afastar a incidência da causa de redução de pena relativa ao tráfico privilegiado [...]

Tais peculiaridades analisadas em conjunto com as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante, permitem ao julgador concluir que a apelada é pessoa dedicada à prática de crimes, razão pela qual concluo ser descabida a redução da pena privativa de liberdade com fundamento nesse dispositivo.

Por conseqüência, deve ser provido o recurso de apelação quanto a esse aspecto, o que implicará alteração na dosimetria da pena (grifei).

Verifica-se, da transcrição acima, que o Tribunal *a quo* afastou a aplicação do tráfico privilegiado por entender que a paciente se dedica à prática de crimes, além de que os atos infracionais por ela já praticados são aptos a ensejar o afastamento da minorante.

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal de Justiça não reconheceu a incidência da minorante respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância aos pormenores da situação concreta, que demonstraram uma maior dedicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente à atividade criminosa, o que exclui a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. PARTICULARIDADES DO CASO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não obstante o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em diversos elementos concretos dos autos - tais como as circunstâncias em que perpetrado o crime em questão e os elementos que demonstraram se tratar "de uma atividade contínua e permanente" - que evidenciam a habitualidade do tráfico de drogas cometido e, por conseguinte, impedem a incidência do redutor, por ausência de preenchimento do requisito de "não se dedicar a atividades criminosas".

2. Embora a quantidade de drogas apreendidas haja sido sopesada na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, certo é que há diversos outros elementos concretos que, efetivamente, evidenciam a dedicação do recorrente a atividades criminosas e, portanto, justificam a impossibilidade de reconhecimento da causa especial de diminuição em seu favor.

3. Não obstante o agravante haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, as particularidades do caso - em especial, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (natureza e quantidade de drogas apreendidas), tanto que a pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal - evidenciam que o regime inicial fechado é, efetivamente, o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, com atenção também ao preconizado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 396.994/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017, grifei).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Como é consabido, para a incidência da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é necessário o preenchimento dos requisitos legais previstos no dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa.

3. A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1560667/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017, grifei).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo fático-probatório, afastaram a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, entendendo haver indicativos de que o réu se dedicava a atividades criminosas. A mudança dessa conclusão, no caso, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, por esbarrar no óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1046812/SP, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 04/10/2017, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAS EM CURSO. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. MATÉRIA PACÍFICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a existência de processos em curso, conquanto não possa ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes (Súmula 444/STJ), permite a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas, constituindo fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1664259/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017, grifei).

Por fim, quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

O Tribunal de Justiça alterou o regime prisional do aberto para o fechado, nestes termos (e-STJ fls. 549/550):

O regime prisional deve ser recrudescido, eis mesmo deve se orientar pelos preceitos do art. 33, do Código Penal [...]

Vê-se, pois, que o regime prisional é determinado primordialmente pela análise das circunstâncias judiciais e pelo binômio necessidade e suficiência para reprovação do delito praticado.

No caso em apreço foi apreendida elevada quantidade de droga - 949 g (novecentos e quarenta e nove gramas) de maconha - restando caracterizado o elevado potencial de disseminação [...]
Dessarte, é de ser fixado o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, para afastar a diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06; e, fixar regime prisional fechado, tudo em relação à corré EMILI [...]

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal) e, tratando-se dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, desde que apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que ocorreu no presente caso.

Como se vê, a imposição do regime prisional fechado amparou-se na quantidade de droga apreendida em poder da paciente (**949g – novecentos e quarenta e nove gramas de maconha**), em conformidade com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como na forma dos arts. 33, § 3º, e 59, ambos do Código Penal, **com a indicação de elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso**, não havendo afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e 719/STF e 440/STJ.

Ademais, apesar de a reprimenda definitiva ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão (7 anos e 3 meses de reclusão), verifica-se a presença de circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada além do mínimo, o que enseja o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

Senão vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E ALTA NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Fixada a pena-base pelo crime de tráfico de drogas acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, consistente na quantidade e na natureza da droga apreendida (135 g de maconha e mais de 60 g de cocaína), mostra-se adequada a aplicação do regime inicial fechado à paciente, condenada à pena total de 8 anos de reclusão, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

2. Ordem denegada (HC 237.047/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 08/06/2017, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A elevada quantidade de drogas apreendidas constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

3. **Não obstante a recorrente haja sido condenada a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto - notadamente, a quantidade de drogas apreendidas, o que ensejou, inclusive, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, e a existência de elementos que demonstram a sua dedicação a atividades delituosas -, evidenciam que o regime inicial mais gravoso é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com atenção também ao previsto no art. 42 da Lei de Drogas.**

4. Uma vez que a reprimenda ficou estabelecida em patamar acima de 4 anos de reclusão, não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 355.260/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017, grifei).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. NATUREZA, VARIEDADE, NOCIVIDADE E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

[...]

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicialmente fechado de cumprimento da pena com base nas circunstâncias do caso concreto, em consonância com a jurisprudência firmada por esta Corte, para quem a natureza, a quantidade e/ou variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes.

5. Tendo em vista que a reprimenda aplicada ao paciente é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se inviável a substituição da pena, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 348.208/SC, Rel. Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO EM FACE DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Reconhecida circunstância judicial desfavorável, com a conseqüente fixação da pena-base acima do mínimo legal, inexistente constrangimento ilegal na fixação de regime mais gravoso. Precedentes.

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a quantidade e a variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 407.840/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017, grifei).

Finalmente, mostra-se inviável a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por medidas alternativas, tendo em vista a quantidade de pena aplicada, não se encontrando preenchido o requisito necessário constante do art. 44, I, do Código Penal.

À vista de tais pressupostos, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0134526-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no HC 402.650 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002369620158120007 00004092320158120007 00014057620158120021
00025455720158120018 0004082720158120043 14057620158120021
2369620158120007 25455720158120018 4082720158120043 4092320158120007

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EMILI TAISA SANTOS CAETANO
CORRÉU : ODAILSON ROSA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : EMILI TAISA SANTOS CAETANO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.