



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 405.690 - MS (2017/0155226-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**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** : DANI PEREIRA ACOSTA

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA REDUTORA DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). VEDAÇÃO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA E VIDA PREGRESSA DO PACIENTE. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Na hipótese dos autos, verifica-se que, além das instâncias ordinárias ressaltarem a natureza da droga apreendida, o Magistrado sentenciante destacou que o paciente, embora não possua condenação definitiva, não possui bons antecedentes, pois registra outras incursões policiais, além de atos infracionais praticados durante a adolescência, inclusive com aplicação de medida sócioeducativa, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à vida criminosa. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa. Precedentes.

Ademais, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

*Habeas corpus* não conhecido.

### **ACÓRDÃO**



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 405.690 - MS (2017/0155226-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**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** : DANI PEREIRA ACOSTA

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANI PEREIRA ACOSTA, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul proferido na Apelação n. 0010970-90.2016.8.12.0001.

Inferre-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico ilícito de drogas), à pena de 7 anos de reclusão e 700 dias-multas, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte estadual, que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multas e fixar o regime prisional semiaberto, em acórdão assim ementado:

**APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE ANULAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – TESE AFASTADA – DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 33 PARA O ART. 28, AMBOS DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA E DA DE MULTA – PARCIAL POSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS) – INADMISSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º DO CPP – POSSIBILIDADE – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – ADMISSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Há impossibilidade de acolher a preliminar suscitada, tendo em vista que, a ausência de citação formal foi suprida via requisição do réu e subsequente interrogatório judicial, que se realizou na presença de seu Defensor.

2. Não há se falar em desclassificação do crime previsto no art. 33, *caput*, para o art. 28, ambos da Lei de Drogas, se as



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*circunstâncias que envolveram o caso demonstram, de forma clara, o caráter da mercancia, típico do crime de tráfico de drogas.*

*3. A pena-base, no âmbito da primeira fase na dosimetria penal, deverá ser fixada nos termos do art. 59 do Código Penal, sendo que, quando ausentes os fundamentos que possam justificar a exasperação, será reduzida para o mínimo legal ou mais próxima deste. A quantidade de dias-multa será individualizada na exata proporção da sanção penal privativa de liberdade a ser aplicada.*

*4. Estando incompletos os requisitos legais necessários à concessão do tráfico privilegiado, este não pode ser reconhecido, restando prejudicado o pedido de aplicação em 2/3 (dois terços).*

*5. O previsto no art. 387, § 2º do CPP, trata-se de uma nova diretriz, ou seja, mais uma circunstância a ser analisada em conjunto com as do art. 59 do Código Penal, para o fim de fixação do regime inicial.*

*6. Nos termos do art. 33, § 2º "b", do Código Penal, no caso em tela, o regime inicial deve ser abrandado para o semiaberto.*

*7. Incabível a substituição, neste caso, com base no inciso I do art. 44, CP, ou seja, a pena definitiva restou fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos.*

**REFORMA DA SENTENÇA EX OFFICIO – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – PROVA ILÍCITA PELA ATUAÇÃO DOS GUARDAS MUNICIPAIS.**

*Não há falar em prova ilícita pela atuação dos guardas municipais. Como é sabido, tais servidores integram os quadros funcionais do Município, cujo desempenho primário é a defesa do patrimônio público municipal, mas, subsidiariamente, a defesa da população local e da paz social, em atividade típica de segurança pública, compreendida na repressão de atos criminosos, nos termos da Lei 13.022/2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais (fls. 285/286).*

Interpostos embargos infringentes pela defesa, estes foram improvidos pelo Tribunal de origem (fls. 365/370).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois estariam preenchidos os requisitos legais. Aduz, ainda, que reduzida a pena, caberá a fixação do regime prisional aberto, bem como da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, assim, a aplicação da minorante no patamar máximo (2/3), com a conseqüente fixação do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar às fls.380/382 e prestadas as informações às fls. 390/465, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

467/473).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.690 - MS (2017/0155226-3)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, por ausência de fundamentação, bem como a consequente fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 5 porções de cocaína (12g).

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado a pena em 7 anos de reclusão e 700 dias-multas, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

#### **10. Do crime de tráfico de drogas (Lei 11.343/06, art. 33, caput).**

*A materialidade da prática delitiva encontra-se consubstanciada através do auto de exibição e apreensão (fls. 36/38), prova pericial (fls. 54/57), prova testemunhal (fls. 109).*

*A autoria, por seu turno, é certa e recai na pessoa do acusado, conquanto a tenha negado no interrogatório, sustentando não ter praticado o fato delitivo que lhe é imputado.*

*Todavia, a afirmação do acusado de que a droga apreendida era para seu consumo pessoal restou isolada e divorciada das demais provas carreadas aos autos ao longo da instrução processual, desmerecendo acolhida o pedido de absolvição, em que pese o esforço empreendido pelo Douta Defesa.*

*Neste sentido, corroborando as provas periciais e documentais produzidas, que evidenciam que o acusado praticou a conduta delitivas, são as declarações:*

*(a) da testemunha Rodrigo de Souza Ribeiro que declara, em resumo, que presenciou os seguintes fatos: que estavam abordando outras pessoas; que o acusado ao visualizar os policiais tentou atravessar a rua e fugir da abordagem; que foi apreendido drogas com o acusado.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(b) da testemunha Paulo Afonso Duarte de Lima que declara, em resumo, que presenciou os seguintes fatos: que estavam abordando outras pessoas na rua; que o acusado ao ver os policiais tentou fugir; que durante a abordagem foi apreendido drogas com o acusado.

Portanto, do conjunto das provas periciais e documentais e testemunhais produzidas, se conclui que o acusado praticou o fato delitivo.

Deste modo, analisando as provas pericial, documental e testemunhais produzidas evidencia-se que a autoria e a materialidade delitiva restaram sobejamente demonstradas, assim como a natureza dos fatos causados pelo autor.

Por fim, verifica-se nos autos a inexistência de causas que excluam a antijuridicidade ou a culpabilidade do acusado, ou seja, não agiu acobertado por nenhuma causa de justificação, é pessoa maior de 18 anos e era, ao tempo da ação, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Destarte, há nos autos elementos suficientes a incriminá-lo, ou seja, circunstâncias conhecidas e provadas que tem relação com o fato e que autorizam concluir ser o acusado autor de fato típico, antijurídico e culpável, isto é, de crime de tráfico de drogas.

### **11. Causa especial de diminuição de pena.**

- Súmula 444 do STJ.

**Os atos infracionais e os inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser utilizados como antecedentes para a fixação da pena-base.**

**Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ – súmula 444):**

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Portanto, a contrário sensu, os atos infracionais e os inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados como circunstância judicial para todas as demais fases da aplicação da pena, como, e.g., a fixação do regime, da substituição da pena, a habitualidade, etc...

Em outras palavras: a utilização dos atos infracionais e os inquéritos policiais e ações penais em curso é, única e tão somente, vedada como antecedentes para a fixação da pena-base.

[...]

### **12. Causa especial de diminuição de pena.**

O fato constitutivo da tipicidade da causa especial de diminuição de pena é:

(a) que o agente seja primário;

(b) que o agente tenha bons antecedentes;

(c) que o agente não se dedique a atividades criminosas;

(d) que o agente não integre organização criminosa (Lei

11.343/06, art. 33, §4º):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 33...

(...) §4º Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso:

**(a) o acusado não tem bons antecedentes.**

**Sua vida pregressa registra outras incursões policiais, além de atos infracionais praticados durante a adolescência, inclusive com aplicação de medida sócio-educativa.**

**(b) o acusado se dedica a atividade criminosa.**

**Ocorre que o acusado faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não provou a existência de trabalho lícito), fato este que demonstra ter personalidade propensa a prática criminosa, e evidencia a insensibilidade moral do mesmo.**

**Tal fato, aliado a sua vida pregressa, demonstra de forma clara e evidente a sua dedicação a vida criminosa, como meio de sua subsistência.**

**Portanto, sem embasamento fático e legal a pretensão do acusado de tipificação da causa especial de diminuição de pena.**

Dispositivo.

Ante o exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, hei por bem em julgar procedente a pretensão punitiva estatal, para o fim de condenar o acusado Dani Pereira Acosta, como incurso nas sanções do artigo 33 da Lei 11.343/06.

### **1. Passo a dosar a pena do acusado.**

A sua culpabilidade é normal a espécie; os antecedentes não são bons, posto a existência de incursões policiais, além de vários atos infracionais praticados durante a adolescência, inclusive com aplicação de medidas sócio-educativas (porém, **a sua vida pregressa não será considerada para a aplicação da pena base** no que pertine aos antecedentes – STJ, súmula 444); sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não provou a existência de trabalho lícito), fato este que demonstra ter personalidade propensa a prática criminosa, posto que dotada de periculosidade e perseverante na prática de conduta delitiva, e, também, evidencia a insensibilidade moral e desprezo pelas vítimas/usuários, posto que insensível ao sofrimento físico e moral a que as submete, em decorrência do extremo potencial lesivo da droga. De destacar que, a conduta de praticar crimes, causando danos a outrem, não é ato de bondade, sensibilidade e afetuosidade com a vítima, altruísmo, honestidade e ausência de ambição; o motivo é grave, posto que não trabalha honestamente para auferir rendimentos para a sua subsistência, mas busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador) - (como acima dito, a acusado não provou a existência de trabalho lícito); as circunstâncias são normais a espécie; **as consequências são graves, posto que a droga causa intenso sofrimento físico e moral das vítimas (resultado – não é elemento do**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*tipo), além de danos e sequelas irreversíveis à saúde pública, bem como a sociedade como um todo, pois de conhecimento geral as mazelas que sofrem os usuários de drogas, em decorrência do extremo potencial ofensivo da droga (resultado – não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influenciou para o cometimento do ilícito.*

***Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu em 07 (sete) anos de reclusão, e, para a pena pecuniária em 700 (setecentos) dias-multa.***

*Quedo as penas em definitivas, na ausência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como causas especiais de diminuição ou aumento a serem consideradas.*

*Fixo o valor do dia multa em em 1/30 do salário mínimo vigente a data dos fatos.*

***O sentenciado deverá iniciar em regime fechado o cumprimento da sanção corporal presentemente lhe imposta (Lei 8.072/90, art. 2º, §1º).***

*Transitada em julgado lance-se o nome do réu no rol dos culpados.*

*Recomende-se o sentenciado na prisão em que se encontra, uma vez que ainda persistem os motivos ensejadores de sua custódia cautelar (fls. 181/188).*

A Corte Estadual, por maioria, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multas, e fixou o regime prisional semiaberto, assim asseverando:

***(III) do pedido de reduções das penas privativa de liberdade e de multa:***

***Ainda, pretende a defesa do apelante, pelas reduções das penas, considerando que as circunstâncias judiciais não foram corretamente valoradas, devendo, portanto, ser reduzida, readequando-se a de multa de forma proporcional.***

*[...]*

*Assim, mediante simples leitura a sentença, constata-se que foram consideradas negativas as circunstâncias judiciais da "conduta social", "personalidade", "motivos do crime" e "consequências do crime".*

*Prossigo nas análises individuais das circunstâncias judiciais.*

*Da conduta social Com relação à conduta social do apelante, que foi considerada "péssima" pelo juiz de primeira instância, em razão de "ser contumaz na prática delitiva, demonstrando que faz do crime o seu meio de vida, e, ainda, ser dependente químico, usuário de pasta base de cocaína e maconha", deve ser reconhecido que não foi adequada a apreciação feita pelo magistrado sentenciante.*

*Por conduta social deve ser considerado o "comportamento*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do agente no seio social familiar e profissional", isto é, "o relacionamento do acusado no meio em que vive". 1 Segundo Schimitt, a "conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita".

[...]

Por conseguinte, em simples leitura a dosimetria da pena na sentença, torna-se evidente que os motivos que levaram à elevação da pena-base, destoaram dos quais devem realmente ser analisados.

Entrementes, o magistrado ao fundamentar que "sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não provou a existência de trabalho lícito),", não demonstrou o comportamento do apelante no meio social em que vive, de modo que a pena-base não pode ser exacerbada com base nessa circunstância judicial.

Da personalidade No que tange à personalidade, esta foi negativamente valorada pelo magistrado de origem, que amparou sua decisão no fato de ser "[...] propensa a prática criminosa, posto que dotada de periculosidade e perseverante na prática de conduta delitiva, e, também, evidencia a insensibilidade moral e desprezo pelas vítimas/usuários, posto que insensível ao sofrimento físico e moral a que as submete, em decorrência do extremo potencial lesivo da droga".

Por "personalidade", deve ser considerado "o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa". 3 De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, "A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito." 4 Logo, diante da inexistência de comprovação da inerente agressividade, perversidade e até a opção pelo antagonismo à ordem social no comportamento do apelante – fundamentos estes que deveriam ser considerados – não há como ser considerada a personalidade negativa do agente, de modo a abster-se na aplicação da sanção penal no âmbito da primeira etapa da dosimetria penal.

Dos motivos do crime No que pertine aos motivos do crime, estamos diante da circunstância judicial que diz respeito às razões subjetivas que impulsionaram o agente à prática da infração penal. Segundo Ricardo Schimitt 5, tal moduladora "nada mais é do que o 'porquê' da ação delituosa", ou seja, "as razões que moveram o agente a cometer o crime".

Com efeito, é indiscutível que todo crime possui uma motivação.

Nessa perspectiva, exsurge ao magistrado, na análise dessa circunstância judicial, o dever de descobrir se a qualidade da motivação no agir do agente merece mais ou menor reprovação.

Diante dessa contexto, é possível concluir que o fundamento utilizado pelo juiz sentenciante de que "[...] motivo é grave, posto que não trabalha honestamente para auferir rendimentos para a sua



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subsistência, mas busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador) - (como acima dito, a acusado não provou a existência de trabalho lícito)", é inconsistente.

Assim, não sendo o fundamento fator que comporta potencial reprovação, a ponto de interferir na fixação da reprimenda base, a reforma da pena-base para a retirada dos motivos do crime, é a medida que se impõe.

Das consequências do crime No que tange às consequências do crime, pode-se observar que não andou bem o sentenciante na análise dessa circunstância judicial. Explico.

[...]

Tal fundamento, contudo, é marcado pelo traço da inidoneidade, tendo em vista ser inerente e integrante dos efeitos típicos dessa modalidade criminosa.

Como é cediço, o tráfico de drogas é crime de perigo abstrato. Isso significa dizer que a mera realização da conduta típica prevista na norma penal estabelece a presunção de que o bem jurídico tutelado pelo legislador (saúde pública) foi exposto à situação de risco. Trata-se, pois, de presunção absoluta, que dispensa qualquer prova sobre a efetiva situação de risco.

[...]

Verifica-se, portanto, que as consequências apontadas pela sentenciante como desfavoráveis ao requerente advêm da própria essência do tipo, não havendo qualquer elemento peculiar capaz de atribuir um desvalor acentuado a essa circunstância judicial.

Dessarte, deve ser também deve ser afastada a valoração negativa dessa circunstância judicial, de modo que ela deixe de prejudicar o apelante na fixação da pena-base.

Ainda, caso fosse reduzida a pena-base do apelante, o pedido recursal repousa na readequação da pena de multa de forma proporcional.

Razão lhe assiste. Isto porque, a quantidade de dias-multa será individualizada – no momento oportuno – na exata proporção da sanção penal privativa de liberdade a ser aplicada. Portanto, considerando-se que a pena será reduzida, diante do acima decidido, a reprimenda de multa, também sofrerá alteração.

**(IV) no que tange ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, com a aplicação no patamar de 2/3 (dois terços):**

Neste ponto, o pedido recursal repousa no reconhecimento e aplicação do tráfico privilegiado, considerando que o apelante faz jus a referida benesse, tendo em vista estar preenchido os requisitos legais.

O pedido não merece acolhimento.

Como bem se sabe, o dispositivo legal ora invocado consubstancia a hipótese do denominado "tráfico privilegiado", cuja finalidade é abrandar a pena do traficante que preencher os requisitos legais estabelecidos pelo legislador.

Reza o mencionado dispositivo legal que "nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” Com efeito, a partir da redação legal acima disposta, pode-se concluir que para que o réu possa fazer jus ao benefício da diminuição, deverão estar presentes quatro requisitos cumulativos: (a) agente primário; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; (d) não integração de organização criminosa.

**Sobre a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006**, Renato Marcão leciona que “para fazer jus ao benefício, o réu deve satisfazer todos os requisitos, cumulativamente. A ausência de apenas um determina negar a benesse”.

[...]

Com relação aos dois primeiros requisitos estampados no dispositivo legal ora examinado (primariedade e bons antecedentes), estes se submetem a uma avaliação estritamente objetiva, pois basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos.

Por outro lado, no tocante aos últimos requisitos, a análise deve ser mais criteriosa e envolve uma apreciação subjetiva do magistrado que, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, deverá concluir se o agente é “dedicado às atividades criminosas” e se “integra organização criminosa”.

Primeiramente, deve ser reconhecido que a finalidade do legislador, ao inserir a causa de diminuição prevista no § 3º, do art. 33, da Lei de Drogas, foi evitar que a punição severa aplicada, de modo geral, aos traficantes de drogas, alcançasse pessoas sérias, que se dedicam à atividade lícita, mas que por um inconveniente da vida ou por um ato de desespero, cometeram um delito isolado (eventual), em completa contradição à conduta social que sempre mantiveram anteriormente. Nesse sentido é a doutrina de Renato Marcão (Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas – 8. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p.184):

[...]

Portanto, para avaliar se é cabível a aplicação dessa causa de diminuição da pena, é necessário analisar as circunstâncias em que o crime de tráfico de drogas se desenvolveu, isto é, se ele foi realizado de forma isolada, eventual, ou em um contexto de habitualidade. Em síntese, deve ficar demonstrado que o crime de tráfico de drogas representou “um ponto fora da curva” na vida do agente, um erro que contradiz o seu estilo de vida.

**À luz das peculiaridades existentes na situação particular, o apelante não faz jus ao reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, pois não estão presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais estampados no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.**

**A despeito da existência da presente ação penal, o apelante ostenta bons antecedentes e é tecnicamente primário, na medida em que ainda não pesa contra ele nenhuma condenação**



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*criminal já transitada em julgado.*

**Com relação a ser "integrante de grupo ou organização criminosa" ligada à traficância, inexistem elementos seguros para a valoração deste requisito.**

**Verifico que com o apelante, embora tenha sido encontrado pouca droga, trata-se de pasta base de cocaína com alto poder destrutivo, bem como elevado dinheiro, consistente em R\$ 158,00 (cento e cinquenta e oito reais) na carteira e R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais) no tênis.**

**De outro lado, reputo presente elemento demonstrativo que o apelante é dedicado ao exercício de atividades ilícitas.**

**Isso porque, a forma como foi realizada a prisão do apelante e as circunstâncias que envolveram o caso, demonstram de forma cristalina que o mesmo se dedica à atividade do tráfico de drogas.**

**Ora, não pode passar despercebido dos olhos do julgador, o caráter da mercancia, endossado pela forma de acondicionamento da substância entorpecente, que, como dito, na ocasião em que foi apreendida, estava embalada na forma de "porções". E, como bem se sabe, pela experiência cotidiana que atividade profissional nos proporciona a partir da análise de casos semelhantes, tal forma de acondicionamento é comumente utilizada quando a droga tem destinação à traficância, ou seja, ao tráfico ilícito.**

**Além do mais, ao ser ouvido na fase extrajudicial (fls. 17-18), o apelante confessou ter adquirido a droga para revendê-la na Rua 15 de Novembro e na antiga rodoviária.**

**Aliado a isso, o ora apelante foi preso num lugar com elevado número de pessoas, o que me leva a concluir que o apelante era dedica ao exercício das atividades ilícitas.**

**Portanto, diante desses fatores, reputo que o apelante não faz jus ao reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, pois estão incompletos os requisitos legais necessários à concessão da medida, restando prejudicado o pedido de aplicação em 2/3 (dois terços).**

**(V) da nova dosimetria da pena:**

**Na primeira fase, inexistem circunstâncias judiciais, reduzo, portanto, a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

**Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, mantenho a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

**Na terceira fase, não há causas de aumento e de diminuição de pena;**

**Torno definitiva a pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

**(VI) no que pertine ao abrandamento do regime prisional:**

**Ainda, busca o apelante o abrandamento do regime prisional para cumprimento da pena.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Em análise minuciosa as circunstâncias do caso concreto, comporta razão ao pedido recursal, nesse ponto.*

*Isso porque, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, alínea "b" do Código Penal "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto".*

*Portanto o regime que se impõe no caso, pelas circunstâncias apontadas, é o semiaberto.*

*[...]*

*(VIII) no que tange a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos:*

*Por fim, propugnou o apelante pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

*Em que pese os argumentos apresentados nas razões recursais, o referido pedido não precede, pois encontra óbice no previsto no inciso I do art. 44, CP, que preceitua a possibilidade de substituição nos casos em que a pena aplicada não seja superior a 4 (quatro) anos, diferente da hipótese dos autos.*

*(IX) dispositivo:*

*Dessa forma, divirjo do e. Relator, respeitosamente no que tange a absolvição, de ofício, da prática delituosa do crime de Tráfico de Drogas. Por outro lado, o acompanhamento para afastar a preliminar para anular o feito em razão da ausência de citação.*

*Diante do exposto, em parte com o parecer, **dou parcial provimento ao recurso do apelante Dani Pereira Acosta para reduzir a pena-base ao mínimo legal, abrandar o regime prisional e realizar o disposto no § 2º, do art. 387, Código de Processo Penal.***

*Realizada nova dosimetria da pena, fixo-a, em caráter definitivo, a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 297/307).*

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

*Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, verifica-se que, além das instâncias ordinárias ressaltarem a natureza da droga apreendida, o Magistrado sentenciante destacou que o paciente, embora não possua condenação definitiva, não possui bons antecedentes, pois registra outras incursões policiais, além de atos infracionais praticados durante a adolescência, inclusive com aplicação de medida sócioeducativa, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à vida criminosa. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa.

Confirmam-se:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO NÃO INTERPOSTO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE. REVISÃO EM WRIT. EXCEPCIONALIDADE. MENORIDADE. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. ATENUANTE APLICADA EM PATAMAR INFERIOR AO REQUERIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. NECESSIDADE CONCRETA DA MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.*

*2. A aplicação da atenuante da menoridade em 1/12 (um doze avos) não se mostra desproporcional, tendo em vista que o paciente teve diversas passagens pelo Juízo da Infância e da Juventude, e em algumas delas por fato equiparado a tráfico de drogas, de modo que sua menoridade relativa é esvaziada de conteúdo.*

**3. O envolvimento reiterado do paciente, quando menor, em atos infracionais equiparados ao crime de tráfico de drogas, é elemento capaz de afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na medida em**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**que revela a sua dedicação em atividades criminosas. Precedente: HC 299.673/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2016.**

*Para afastar os fundamentos utilizados pela Corte estadual de que o paciente se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido (HC 333.749/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 8.2.2017).*

**HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. NARCOTRÁFICO. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. EXISTÊNCIA DE ANOTAÇÕES PELA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.**

**1. Embora atos infracionais não possam ser considerados como maus antecedentes e nem se prestem para induzir a reincidência, inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 quando demonstrado que a paciente praticou, de forma reiterada, diversos atos infracionais, inclusive relacionados ao tráfico de entorpecentes, vez que tais elementos "servem para demonstrar a propensão da agente ao cometimento de delitos dessa natureza" e a sua dedicação a atividades criminosas, deixando de preencher um dos requisitos legais para a incidência do benefício.**

**2. Ordem denegada (HC 121.509/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29.3.2010).**

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. ELEMENTO IDÔNEO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA BASILAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE/NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, JUNTAMENTE COM AS ESPECIFICIDADES DO CASO, DENOTAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. [...] INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada das drogas apreendidas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa. *Precedentes.*

- **Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de o paciente dedicar-se às atividades criminosas, ante os maus antecedentes e a apreensão de quantidade considerável de droga nociva, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. *Precedentes.***

[...]

- *Habeas corpus não conhecido* (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2017).

Da mesma forma, o pleito quanto ao regime prisional aberto e à substituição da reprimenda por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, pois não houve alteração no *quantum* da pena.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0155226-3

**HC 405.690 / MS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00109709020168120001 082016000552902 08201700087533 109709020168120001  
82016000552902 8201700087533 912016

EM MESA

JULGADO: 14/11/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **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 : DANI PEREIRA ACOSTA

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

#### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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