



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.802 - SP (2015/0034853-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIZ DA SILVA LOURENCO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.802 - SP (2015/0034853-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDRE LUIZ DA SILVA LOURENCO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANDRÉ LUIZ DA SILVA LOURENÇO, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo constrangimento ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 0081052-11.2012.8.26.0224).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nesta Corte, a Defensoria Pública sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deve ser aplicada, em favor do paciente, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Pondera que "o fato de o paciente não ter comprovado atividade lícita não se mostra como fundamento justo para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena" (fl. 3) e que "a quantidade de drogas, por si só, não é motivo idôneo a justificar o afastamento da causa de diminuição de pena" (fl. 4).

Sustenta que o regime fechado foi fixado com base apenas na previsão do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Ressalta que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis, devendo, portanto, ser fixado regime mais brando.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição da reprimenda prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação de regime mais brando para cumprimento da pena (fl. 8).

Em decisão de fls. 186-187, a liminar foi por mim indeferida.

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem (fls. 198-209).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.802 - SP (2015/0034853-7) EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **não constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, passível de engendrar a concessão da ordem de ofício.

II. Contextualização

O paciente foi condenado à pena de **5 anos de reclusão**, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque "trazia consigo, para fins de consumo de terceiros, **72 (setenta e duas) porções de cocaína, envoltas em embalagens plásticas do tipo 'eppendorfs', com peso bruto total de 64,39g** (sessenta e quatro gramas e trinta e nove decigramas), e **17 (dezessete) porções de maconha**, acondicionadas em invólucros plásticos conhecidos como 'trouxinha', **com peso bruto de 42,50g**" (fl. 98). O Juiz sentenciante fixou a pena nos seguintes moldes (fls. 102-103, destaquei):

Verificando as diretrizes do art. 59 do Código Penal c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06, considerando a primariedade do acusado, **fixo a pena base no mínimo legal**, em 05 anos de reclusão, sendo tal pena tornada definitiva.

Ineficaz o reconhecimento das atenuantes da confissão e da menoridade ante a fixação da pena base no mínimo legal (Súmula 231 STJ).

Arcará ainda o réu com a pena pecuniária que ora fixo em 500 dias-multa, fixando cada qual em patamar mínimo.

Não faz jus a ré à diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, art. 33, Lei n. 11.343/06, **uma vez que se depreende dos autos o acusado se dedicava à atividade criminosa como meio de vida**. Em nenhum momento comprovou o exercício de qualquer atividade lícita. Em juízo, **admitiu que traficava no local dos fatos há dois dias**.

Não bastasse isso, a **expressiva quantidade e o alto potencial lesivo das drogas apreendidas, notadamente a "cocaína"**, inviabiliza no presente caso a aplicação do referido dispositivo legal, a teor do que estabelece o art. 42 do mesmo diploma.

O Tribunal estadual negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa (fls. 160-164).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Não assiste razão à impetrante, ao pretender a redução da pena.

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas 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.

A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, **aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida**; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Relator Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Assim, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

No caso, o Juiz de primeiro grau afastou a aplicação da minorante, por entender que "o acusado se dedicava à atividade criminosa como meio de vida, [pois] admitiu que traficava no local dos fatos há dois dias" (fl. 103), bem como em razão da "expressiva quantidade e o alto grau lesivo das drogas apreendidas, notadamente a 'cocaína'" (fl. 103).

A Corte estadual, na mesma linha de entendimento, acrescentou (fl. 163):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De outro lado, a despeito da primariedade de ANDRÉ, realmente não era o caso de aplicação do redutor do § 4º da Lei de Drogas, **mormente porque o próprio Apelante admitiu a realização do vil comércio, fazendo, do crime, o modo de vida**, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo.

É cediço que o processo de individualização da pena se sujeita ao princípio da discricionariedade vinculada do juiz, cabendo a esta Corte Superior, na estreita via do *habeas corpus*, somente a análise da legalidade e da proporcionalidade da decisão judicial.

Não há, portanto, ilegalidade no ponto em que não foi reconhecida a aplicação da causa especial de diminuição de pena, com fundamento em elementos concretos, aptos a evidenciar a **dedicação do paciente ao tráfico de drogas**, quais sejam: **a variedade e a natureza das drogas apreendidas** e o fato de ter o réu **assumido que vendia drogas há certo tempo**.

O Supremo Tribunal, ao interpretar o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 3/4/2014, sob o regime de repercussão geral, sedimentou o entendimento de que **a natureza e a quantidade de droga apreendida podem ser sopesadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria**, pois tal opção "permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto" (**HC n. 112.776**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe 29/10/2014). No caso, a variedade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas não foram valoradas na primeira etapa da dosimetria.

Sob outro viés, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão motivada de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento fático-probatório, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido: "Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (... já que o mesmo confessou que possui uma 'bocada' na cidade de Capixaba há 01 (um) ano, conforme depoimento de fl. 10...), é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório." (**HC n. 177.312/AC**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 13/8/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ilustrativamente:

[...]

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa. (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

IV - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e **diversidade de drogas apreendidas - 140,4gr de maconha, 2,88gr de cocaína e 18,10gr de crack**) justifica o afastamento da minorante, **eis que há indicativo de que o paciente dedicar-se-ia a "atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.** (Precedentes).

(HC n. 303.684/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 2/2/2015, grifei.)

IV. Regime prisional inicial

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicial fechado ao paciente, "porque o crime é grave, equiparado a hediondo" (fl. 103).

O Tribunal de Justiça, por sua vez, asseverou que, à hediondez do delito, "se acresça que **a variedade e natureza das substâncias apreendidas (cocaína e maconha)**, cujo poder viciante assola seus dependentes que, para garantir o consumo, na maioria das vezes, vêm a praticar crimes patrimoniais, já justificariam regime mais gravoso" (fl. 164, grifei).

Assim, à vista da **pena final aplicada** (5 anos de reclusão) e da **quantidade e natureza das drogas**, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento de pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas. É dizer, encontra-se suficientemente motivada a escolha do regime prisional mais gravoso à luz da fundamentação do *decisum*, que **destacou a quantidade e o poder vulnerante dos entorpecentes apreendidos (72 porções de cocaína – 64,39g – e 17 porções de maconha – 42,5g).**

A propósito, confira-se: "Devidamente fundamentada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manutenção do regime inicial fechado, diante da considerável quantidade e da variedade de drogas a denotar dedicação às atividades criminosas, não há constrangimento ilegal a ser sanado." (HC n. 311.718/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 9/3/2015).

Exemplificativamente:

[...]

1. Embora o magistrado singular tenha estabelecido o modo fechado para o resgate inicial da sanção mencionando apenas o caráter hediondo do ilícito, o certo é que a Corte Estadual, com base na **gravidade concreta do ilícito praticado, demonstrada, especialmente, em razão da quantidade de natureza do entorpecente apreendido** (846,32 gramas de *crack*), o manteve, entendimento que está de acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça.

[...]

(HC n. 297.447/RS, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 13/11/2014, grifei.)

[...]

2. **Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado quando evidenciada, pelas instâncias ordinárias, a gravidade concreta do crime, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida** - 100 microtubos de cocaína (85,5g).

[...]

(HC n. 302.724/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 10/11/2014, destaquei.)

[...]

2. Na espécie, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena fixada inferior a 8 (oito) anos de reclusão, considerando-se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 290.784/SC, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 21/5/2014, grifei.)

V. Dispositivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, **não conheço** da ordem, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio e, ao examinar seu conteúdo, **não identifico o apontado constrangimento ilegal**, que me levaria a conceder a ordem postulada de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0034853-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 316.802 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00810521120128260224 20140000588471 29222012 810521120128260224

EM MESA

JULGADO: 26/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIZ DA SILVA LOURENCO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.