



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.460 - MS (2015/0118489-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EDERSON MORAES DE LIMA

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. 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 o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).
3. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 25 de agosto de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.460 - MS (2015/0118489-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : EDERSON MORAES DE LIMA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

EDERSON MORAIS DE LIMA estaria sofrendo constrangimento ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** (Embargos de Declaração n. 0052509-75.2012.8.12.0001/50000).

O paciente foi condenado a 5 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado com 32,5 g de cocaína, uma balança de precisão, um aparelho celular e dinheiro, em espécie.

Nesta Corte, a Defensoria Pública sustenta que o Tribunal de origem deixou de aplicar a causa de diminuição de pena prevista do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, "mesmo estando preenchidos todos os requisitos explicitados na norma" (fl. 6). Requer o redimensionamento da pena, com todos os seus consectários.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 138-145).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.460 - MS (2015/0118489-0)

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. *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 o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).
3. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O paciente foi condenado a 5 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado com 32,5 g de cocaína, uma balança de precisão, um aparelho celular e dinheiro.

O Juiz de origem, depois de fixar a pena-base acima do mínimo legal em razão da personalidade negativa do réu, negou a aplicação da minorante em questão sob o fundamento de que, "além de estar respondendo pela prática do delito narrado na denúncia, o acusado também responde pela prática de outros delitos, conforme consta da certidão de antecedentes criminais de fls. 81/82" (fl. 75).

O Tribunal estadual, ao julgar a apelação exclusiva da defesa, reduziu a pena-base do réu para o mínimo legal, mas manteve a não incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, **sob mais qualificada fundamentação**, no âmbito da devolutividade plena do recurso em apelo, *in verbis*:

Além disso, extrai-se da prova produzida na fase policial, através das declarações de Ronaldo Davalo Corrêa, o usuário abordado inicialmente pelos policiais, que **ele costumava adquirir droga do embargante**.

Ademais, cm Juízo, os policiais que efetuaram a prisão, depoimentos transcritos na sentença (f. 165/167), afirmaram que durante a abordagem de Ronaldo, **o celular do mesmo tocou várias vezes, ele atendeu, e tratava-se do embargante, que ligava dizendo para Ronaldo ir a sua casa apanhar sua "caixa de óleo", que na gíria significa pasta-base**.

Mas não é só. Ao chegarem à residência do embargante os policiais encontraram **várias pessoas, balança de precisão, dinheiro, a droga apreendida e resquícios de uso de drogas, tudo a indicar que ali funcionava uma "boca de fumo"**.

O STJ já teve oportunidade de assentar que "Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos" (AGRG no AREsp 101.913/CE, Rei. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 15/02/2013).

Neste caso tem-se elementos de sobra para concluir com segurança que o embargante, efetivamente, dedicava-se a atividades criminosas, seja em razão de **não possuir emprego fixo**, conforme declarou a f. 18, seja pelos tantos registros de crimes anteriores, acima relacionados, seja por **dedicar-se a vender drogas em sua residência, onde havia fortes indícios do funcionamento de uma**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"boca de fumo", locais em que a droga é vendida em pequenas quantidades, muitas vezes lá mesmo consumida, dia e noite, sem interrupção.

Até a quantidade de droga apreendida, 32,5 gramas de pasta-base de cocaína, é significativa, indicativo de dedicação a atividade criminosa, conforme recentemente decidiu o STJ:

[...]

De tal forma, indubitável a dedicação a atividades criminosas, razão pela qual ausentes os requisitos legais para a concessão do tráfico privilegiado, benefício instituído pela lei em favor de quem pratica o delito de forma eventual, pela primeira vez, perfil muito distinto do ostentado pelo embargante (fls. 75-76).

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

Convém destacar, *ab initio*, que: "O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação permite que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o Tribunal aprecie em exaustivo nível de profundidade, a significar que, **mantida a essência da causa de pedir** e sem piorar a situação do recorrente, **é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos**" (RHC n. 116.013, Relator Min. Teori Zavascki, 2ª T., DJe 21/10/2014, destaquei).

Dito isso, não verifico a ilegalidade apontada, pois o Tribunal de origem, ao julgar o apelo da defesa, aferiu a dedicação do réu à atividade criminosa do tráfico a partir de elementos de prova constantes da sentença penal condenatória, mantendo a não incidência da minorante legal por mais qualificados fundamentos.

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Tribunal estadual deixou de aplicar a minorante por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa do tráfico, com fundamento em elementos de prova destacados na sentença condenatória, a saber: a) declarações de testemunha de que costumava adquirir droga do paciente; b) depoimentos de policiais de que o telefone da testemunha tocou várias vezes e tratava-se do paciente, que ligava dizendo para o usuário ir a sua casa apanhar pasta-base de cocaína; c) apreensão de balança de precisão e dinheiro na residência do réu; d) presença de várias pessoas no ambiente e resquícios de uso de droga, tudo a indicar que ali funcionava uma "boca de fumo" (fl. 76) e, por fim, e) a quantidade de droga apreendida (32,5 g de pasta-base de cocaína, circunstância judicial não sopesada na primeira fase da dosimetria).

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**.

Além das particularidades do caso, que evidenciam que o paciente exercia o comércio espúrio com habitualidade e que, no local dos fatos funcionava uma boca de fumo, com a presença de várias pessoas, balança de precisão e resquícios do uso de drogas, a quantidade de pasta-base de cocaína apreendida corrobora a conclusão de que ele se dedicava à atividade criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministro **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).

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.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. Dispositivo

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: 2015/0118489-0

HC 324.460 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00525097520128120001 4432012 525097520128120001 76662012

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: EDERSON MORAES DE LIMA

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

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.