



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.770 - SP (2015/0130742-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS GOMES DA SILVA (PRESO)

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 acusado, que este 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, quais sejam, a variedade e a expressiva quantidade das drogas apreendidas (148 flaconetes de cocaína e 107 invólucros plásticos de maconha), a não comprovação de atividade lícita e os indícios de que a produção da droga pelo o réu não se deu de forma artesanal.
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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 03 de setembro de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.770 - SP (2015/0130742-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUCAS GOMES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LUCAS GOMES DA SILVA estaria sofrendo constrangimento ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0017879-79.2014.8.26.0050.

O paciente – condenado a 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – sustenta ser possível a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois preenche os requisitos legais e a quantidade de drogas apreendidas (227,3 g) não é elevada. Requer o redimensionamento de suas penas e todos os consectários legais (regime e substituição).

Liminar por mim indeferida.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 144-149).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.770 - SP (2015/0130742-2) 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 acusado, que este 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, quais sejam, a variedade e a expressiva quantidade das drogas apreendidas (148 flaconetes de cocaína e 107 invólucros plásticos de maconha), a não comprovação de atividade lícita e os indícios de que a produção da droga pelo o réu não se deu de forma artesanal.
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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 fornecimento a terceiros, sem autorização legal 148 (cento e quarenta e oito) flaconetes plásticos de cocaína, perfazendo 75,5 g [...] e 107 (cento e sete) invólucros de plásticos de maconha, perfazendo 151,9 g [...]" (fl. 14).

O Juiz sentenciante, depois de fixar a pena no mínimo legal, decidiu:

Não existem causas de aumento ou de diminuição de pena a aplicar. A quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida, inclusive cocaína, de natureza mais nociva, torna inaplicável a benesse prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, criado com objetivo de apenar minimamente aquele que está iniciando no narcotráfico. Não é o caso dos autos. O réu não demonstrou possuir atividade lícita, restando evidente que se dedica à traficância fazendo dela seu meio de vida, mesmo porque o tráfico não é crime artesanal e quem nele se envolve necessariamente integra organização de pessoas para seu cometimento. É sabido que aquele que produz a cocaína, não é o mesmo que a refina, tampouco não é aquele que a transporta e distribui para o consumo de terceiros (fl. 50).

O Tribunal estadual, na mesma ordem de ideias, consignou:

O acusado não faz jus à redução das penas com supedâneo no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. A causa de diminuição foi editada pelo legislador para diferenciar a figura do "pequeno traficante", sendo evidente que o conceito não se ajusta ao réu que mantinha em seu poder quantidade de droga incompatível com essa condição.

As circunstâncias fáticas consideradas pelo MM. Juízo *a quo* justificam a não incidência da minorante. O apelante, possuidor de expressiva quantidade e diversidade de drogas, por certo estava envolvido na prática de atividades ilícitas, fazendo do comércio de drogas o seu sustento (fl. 88).

III. Aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

No caso, o Juiz de primeiro grau deixou de aplicar a minorante, por entender, em razão da **expressiva quantidade e diversidade de drogas (148 porções de cocaína**, perfazendo 75,4 g, e **107 invólucros de maconha**, perfazendo 151,9 g), que o paciente se dedicava à atividade criminosa como meio de vida, máxime porque não comprovou exercer atividade lícita e porque não era razoável concluir que houvesse produzido artesanalmente, transportado e distribuído 148 porções de cocaína sem o auxílio de terceiros.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em prestígio à discricionariedade das instâncias ordinárias, mais perto dos fatos, não há, na estreita via do remédio constitucional, ilegalidade a ser reconhecida, no ponto em que não aplicada a causa especial de diminuição de pena, com fundamento em elementos concretos e em indícios que evidenciam a **dedicação do paciente ao tráfico de drogas**, quais sejam: **a variedade e a quantidade das drogas apreendidas, o fato de não ter comprovado atividade lícita e indícios de que não produziu, de forma artesanal, a droga apreendida, sem auxílio de terceiros.**

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 Zavaski, 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, máxime porque, ao contrário do que foi aventado pela defesa, não foi pequena a quantidade de tóxico apreendido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/2/2015, grifei.)

[...]

- A quantidade e variedade de droga apreendida constituem circunstâncias idôneas que denotam a dedicação do acusado em atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

- Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, acolhendo-se a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.

Precedentes.

[...]

(HC n. 312.284/SP, Rel. Ministro **Ericson Maranhão** (desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 24/6/2015)

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: 2015/0130742-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 325.770 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0017879792014 00178797920148260050 05014001787979 17879792014
178797920148260050 20150000235797 5014001787979

EM MESA

JULGADO: 03/09/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS GOMES DA SILVA (PRESO)

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.