



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.027 - SP (2015/0028484-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT PAULINO SANTOS SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. 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 ilegalidade no ponto em que, fundamentadamente, foi afastada a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. O Tribunal estadual destacou a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas (maconha, cocaína e *crack*) e a confissão do acusado – apontado como responsável pela atividade ilícita na região –, que admitiu vender drogas há certo tempo e receber uma porcentagem do lucro ilícito.

3. Para afastar a conclusão do aresto, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, mas com registro de circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína), a teor do art. 33, § 3º, do CP.

5. A instância ordinária impôs o regime inicial fechado, ante a análise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do caso concreto, ao destacar, principalmente, a "quantidade e [o] poder vulnerante dos entorpecentes apreendidos".

6. 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 da ordem, 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), 16 de abril de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.027 - SP (2015/0028484-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : CRISTINA SON

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROBERT PAULINO SANTOS SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ROBERT PAULINO SANTOS SILVA, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 0011832-26.2013.8.26.0050.

O paciente, condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, alega, nesta Corte Superior, que "faz jus à redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006" (fl. 2), à imposição de regime mais brando de cumprimento de pena e à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Assere, para tanto, que preenche os requisitos legais para a concessão da minorante e que os argumentos utilizados pela autoridade coatora devem ser rechaçados. Como consectária do redimensionamento da pena, requer a aplicação do art. 44 do CP. Alternativamente, caso não se aplique o redutor requerido, defende a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Requer a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e a alteração do regime prisional.

A liminar foi por mim indeferida (fls. 45-46).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para que o Juízo das Execuções fixe o regime prisional mais adequado, à luz do Código Penal (fls. 58-60).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.027 - SP (2015/0028484-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. 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 ilegalidade no ponto em que, fundamentadamente, foi afastada a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. O Tribunal estadual destacou a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas (maconha, cocaína e *crack*) e a confissão do acusado – apontado como responsável pela atividade ilícita na região –, que admitiu vender drogas há certo tempo e receber uma porcentagem do lucro ilícito.

3. Para afastar a conclusão do aresto, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, mas com registro de circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína), a teor do art. 33, § 3º, do CP.

5. A instância ordinária impôs o regime inicial fechado, ante a análise do caso concreto, ao destacar, principalmente, a "quantidade e [o] poder vulnerante dos entorpecentes apreendidos".

6. Ordem não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

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** que reclame a concessão da ordem, de ofício.

I. Situação fática

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, pois, em 5/2/2013, trazia consigo, para venda a terceiros, **212 supositórios de cocaína (240g), 169 pedras de crack (59g) e 88 porções de maconha (150g)**.

II. Do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

No que tange à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não assiste razão à impetrante.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, pois:

[...]

O dispositivo é de aplicação para casos específicos em que o Juízo verifique uma ação isolada e sem qualquer relação com a atividade continuada e organizada do crime. Anota-se que o acusado foi detido com farta quantidade e **diversidade** e entorpecente o [que] evidencia ligação com o crime organizado. Logo, não se está diante de um indivíduo isolado, mas um agente integrado a algo maior e organizado, representando o benefício, neste caso, em sendo dado, mero exercício de impunidade o que é contrário ao próprio espírito da lei" (fl. 26).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na mesma linha de entendimento, acrescentou:

No presente caso, a quantidade de drogas, **separadas em porções** (centenas de porções prontas para venda a terceiros), a **estabilidade na atividade criminal** (o réu foi descrito fisicamente e **apontado como o responsável pela venda das drogas naquela região**, bem como **admitiu na delegacia de polícia que vendia drogas há certo tempo**) revelarem que o acusado se dedicava à atividade criminosa.

Além disso, ainda que não se tenha prova exata sobre a qual organização criminosa pertença o acusado, é certo que **para vender drogas em qualquer local ele deve, necessariamente, estar inserido na estrutura da organização criminosa estabelecida naquela região**, uma vez que, ainda, não há "livre concorrência" na venda de drogas.

Ora, **seria leviano acreditar que o réu simplesmente comprou papелotes de drogas em outro ponto de tráfico, escolheu àquele**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

local, e iniciou o seu "negócio".

Tal conclusão não se trata de suposição ou mera conjectura, pois **é de conhecimento público e notório, notícias divulgadas diariamente pela imprensa, a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais.**

No presente caso, **o próprio acusado revelou receber uma porcentagem** (provavelmente do "gerente/chefe" daquele ponto de venda de drogas) sobre os entorpecentes vendidos, **inclusive indicando os valores unitários de cada porção de droga.**

Assim, é certo que Robert se dedicava às atividades criminosas de tráfico de drogas, bem como há indícios de integrar organização criminosa (fls. 37-38 destaqui).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu 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).

Dito isso, é cediço que o processo de individualização da pena sujeita-se 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.

Nessa toada, não há 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 de drogas**, a **forma de seu acondicionamento**, a **indicação do acusado como responsável pela atividade ilícita na região**, a **admissão, na fase policial, de que vendia drogas há certo tempo e que recebia uma porcentagem do lucro ilícito.**

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Relatora 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)

Não redimensionada a pena, fica prejudicado o pleito de aplicação do art. 44 do CP, a teor do inciso I.

III. Do regime prisional inicial

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicial **fechado ao paciente primário – mas com circunstância judicial do art. 59 do CP desfavorável** –, pois era



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"o único compatível com a gravidade da conduta do réu" (fl. 26).

O Tribunal de Justiça, por sua vez, asseverou que, "diante da análise do caso concreto, consoante os termos dos artigos 59 e 33 do Código Penal, levando-se em consideração a conduta, as gravíssimas consequências causadas à sociedade pelo crime de tráfico de drogas, **além da quantidade e poder vulnerante dos entorpecentes apreendidos, deve ser mantido o regime mais gravoso**" (fl. 41).

Assim, à vista da **pena final aplicada** (5 anos de reclusão) e do registro de **circunstância judicial negativa (grande quantidade de 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. 59 do CP. 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 (212 supositórios de cocaína, 169 pedras de *crack* e 88 porções de maconha).

De fato: "Diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime inicial fechado ao condenado não reincidente, para o início do cumprimento da pena superior a 4 anos e que não exceda a 8 anos, em conformidade com o § 3º do art. 33 do Código Penal" (**HC n. 298.129/SP, de minha relatoria**, 6ª T., DJe 17/11/2014)

Exemplificativamente:

[...]

2. Embora a pena corporal não supere oito anos de reclusão, o regime inicial fechado decorreu da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, de acordo com os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal.

[...]

4. Agravo regimental conhecido em parte e desprovido.

(**AgRg no REsp n. 1471969/RN**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 27/11/2014).

[...]

Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, tendo as instâncias ordinárias consignado que o regime mais gravoso era o mais adequado ao caso concreto, não tendo sido escolhido em função de determinação legal, mas diante das peculiaridades e pena aplicada no caso concreto, que foi fixada acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

[...]

(HC n. 262.458/DF, Rel. Ministro **Ericson Maranhão** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 19/12/2014)

[...]

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena.

[...]

(HC n. 305.713/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 19/12/2014)

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: 2015/0028484-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 316.027 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0011832262013 00118322620138260050 11832262013 118322620138260050
20140000757700 2552013

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT PAULINO SANTOS 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 da ordem, 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.