

## HABEAS CORPUS 207.798 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
**PACTE.(S)** : DIEGO ANTONIO VALENTIN SANTOS  
**IMPTE.(S)** : CARLOS AUGUSTO PASSOS DOS SANTOS  
**COATOR(A/S)(ES)** : RELATOR DO HC Nº 698.636 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado contra decisão monocrática de Ministra do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu liminarmente o HC 698636/SP (documento eletrônico 5).

O impetrante alega, em síntese, que

“[o] paciente impetrou *Habeas Corpus* para fins de readequação do regime inicial do cumprimento de pena, e aplicação da causa de diminuição do artigo 33 §4ª da Lei 11.343/06, tendo em vista que é primário, possui residência fixa e trabalho, bem como pela quantidade ínfima de droga apreendida, a qual houve a concessão parcial pela nobre Ministra Relatora do Superior Tribunal de Justiça mantendo a pena de 05 anos, em regime inicial semiaberto.

[...]

Segundo a denúncia dos autos, consta que no dia 07 de abril de 2017, o paciente Diego Antônio Valentin Santos, trazia consigo para posterior entrega a terceiros, sem autorização legal, e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, duas porções de cocaína, pesando conforme laudo definitivo de fls. 21/30, 1,8 mg (uma grama e oitocentos miligramas). (em anexo).

Após realização da audiência de custódia foi posto em liberdade.

Na fase policial o paciente aduziu que é mototaxista. Na data e horário dos fatos, conduzia sua motocicleta, quando uma viatura policial se aproximou do interrogando e, tendo em vista que o interrogando estava com a documentação atrasada, empreendeu velocidade, na tentativa de despistar os policiais. Foi alcançado e abordado pelos policiais militares. O

interrogando levava consigo duas pequenas porções de cocaína, um aparelho celular e cem reais em dinheiro. O interrogando informou aos policiais que era usuário e que estava levando a droga para consumir com Danilla, na 'Boate Maçã do Amor'. Nega que iria vender a droga para Danila (fl. 8)" (págs. 2-9 do documento eletrônico 1).

Alega, ainda, que:

"a) Ouvido, inicialmente, os policiais Militares Juliano da Rocha Maciel, aduziu que no dia dos fatos, após ter efetuado pedido de parada ao acusado, ele desobedeceu, momento em que se iniciou perseguição. Em seguida, o denunciado foi abordado, sendo surpreendido levando duas porções de cocaína para vendê-las a uma 'garota de programa', chamada Danila, a qual estava na boate 'Maçã do Amor'. O depoente deslocou-se até a mencionada boate e a testemunha Danilla confirmou que iria receber a droga transportada pelo paciente. O acusado também estava na posse de R\$ 100.00 e um celular. Até então o depoente não conhecia o paciente. Possuía informações de que havia um indivíduo que estaria realizando entregas de drogas no local, mas não sabia quem era. Danila informou que a porção de cocaína custava R\$ 50.00 (fl. 147). No mesmo sentido o policial Fabio Gomes Domingos.

b). Entretanto a testemunha Danila não foi ouvida em Juízo, não sendo as versões fantasiosas dos policiais confirmada.

c). Já a testemunha Adriana Porfírio de Lima, arrolada pela defesa, asseverou que o paciente é mototaxista e o conhece há dois anos. A depoente trabalhava na casa noturna Maçã do Amor e, às vezes, contratava os serviços do paciente para se locomover na cidade. O paciente, eventualmente, frequentava a casa noturna para 'beber e curtir com as meninas'. O paciente é usuário de cocaína e já fez uso de entorpecente na companhia da depoente. A depoente conheceu Danilla. Acredita que o paciente e Danilla estavam mantendo um relacionamento. Não

viu o paciente vendendo entorpecente no local, sendo que, quando ele levava drogas para a Boate, eram para o consumo dele, em companhia das mulheres que lá se encontravam. A depoente encontrava-se na boate no dia dos fatos, mas não presenciou o ocorrido(fl. 149)” (págs. 9-10 do documento eletrônico 1).

Ao final, pede

“a) absolvição por atipicidade (CPP, art. 386, III) aplicando-lhe o princípio da insignificância nos termos do HC 127.573 SP;

b) Caso de indeferimento dos pedidos anteriores, requer-se aplicação da causa de diminuição de pena em grau máximo em favor do paciente, tendo em vista o preenchimento de todos requisitos;

c) Que, caso não entendam pela desclassificação do crime em epigrafe, ora paciente, lhe seja aplicada a fração da causa de diminuição de pena de 2/3 perfazendo a pena de 2 anos e 1 mês, enquadrado na possibilidade de SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS nos termos do artigo 44 do Código Penal;” (pág. 25 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário. Decido.

A presente impetração volta-se contra decisão monocrática de Ministra do STJ que, como visto, indeferiu liminarmente o HC 698636/SP (documento eletrônico 5).

Assim, em princípio, este pleito não poderia ter seguimento, sob pena de extravasamento dos limites de competência desta Suprema Corte descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõem seja a coação praticada por Tribunal Superior.

Todavia, “[...] em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, inciso XXXV, CF), a aplicação desse entendimento jurisprudencial pode ser afastada na ocorrência de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder, [...]” (HC 167.523/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, transitada em julgado em 27/2/2019), o que verifico no presente caso.

Por esses motivos, passo ao exame do mérito desta impetração.

A orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo insuficiente, para tanto, simples referência à quantidade de entorpecente apreendida ou ilações no sentido da dedicação do réu à prática de atividades criminosas.

Nesse sentido:

*“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA (132,85 KG). DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE ABSOLVIDA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONTRADIÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE. I – A grande quantidade de entorpecente, apesar de não ter sido o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi, isoladamente, utilizado como elemento para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante. II – A quantidade de drogas não poderia, automaticamente,*

proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa. Ausência de fundamentação idônea, apta a justificar o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. III - É patente a contradição entre os fundamentos expendidos para absolver a paciente da acusação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006 e aqueles utilizados para negar-lhe o direito à minorante constante do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal. Precedentes. IV - Recurso ordinário ao qual se dá provimento, em parte, para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo *a quo*, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal” (RHC 138.715/MS, de minha relatoria, Segunda Turma).

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO EM RAZÃO UNICAMENTE DA QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. I – A única fundamentação acerca da quantidade de entorpecente não é fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. II – Ordem concedida, em parte, para restabelecer a pena inicial de três anos, com o redutor original, e determinar que o juízo *a quo* proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal” (HC 138.138/SP, de minha relatoria, Segunda Turma).

Feitos esses registros, transcrevo, a propósito, excerto da decisão atacada, no que importa:

“Como se vê, as instâncias ordinárias condenaram o Acusado pela prática do crime de tráfico de drogas, tendo em vista, em especial, o entorpecente apreendido, a confissão informal e os depoimentos dos policiais. Para se acolher a pretendida absolvição ou desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas, seria necessário reapreciar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do *habeas corpus*.

[...]

No que se refere à tese de incidência do princípio da insignificância, observo que a questão suscitada não foi apreciada pelo Tribunal a quo, de modo que não pode ser conhecida originariamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

[...]

No mais, o Tribunal estadual, ao reformar a sentença, afastou a incidência do redutor previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base nos seguintes fundamentos (fls. 141- 142; sem grifos no original):

‘Na primeira fase o magistrado fixou a pena-base no mínimo e, na última etapa, foi aplicado o redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Aqui, porém, merece guarida o pleito ministerial, sendo medida de rigor o afastamento de tal causa de diminuição, à luz das peculiaridades do caso em tela.

Por primeiro, registre-se que o §4º do mencionado dispositivo emprega o termo ‘poderão’, o que seguramente indica não ser obrigatória a redução.

Nesse sentido:

[...]

Segundo, entre os fatores a serem sopesados para tal gradação, inegavelmente a quantia da droga e condições objetivas do tráfico pontificam.

No caso dos autos, embora a quantidade, de fato, não seja exorbitante (2 porções de cocaína), foi apurado que o réu estava envolvido diretamente com a traficância, tanto que ele mesmo confessou para o policial Fabio que já havia feito outras entregas de drogas no local. Aliás, o policial Juliano detinha informações de que havia um sujeito responsável pela entrega e comércio de drogas na região.

Diante disso, é notório que o réu estava intimamente ligado ao tráfico e era o responsável pela entrega das drogas naquela região; portanto, pelas circunstâncias, mostra-se totalmente desaconselhável a aplicação do redutor, pois demonstra que ele possuía intensa participação no tráfico, dedicando sua vida, assim, totalmente a esta atividade.

Não é nenhum pouco razoável beneficiar um agente diretamente envolvido a atividade criminosa, beneficiando-se de tal circunstância; por certo, este não foi o objetivo do legislador, que visa abrandar a pena tão somente do 'pequeno traficante', não sendo, pois, o caso dos autos.'

São condições para que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente, de modo que, se não estão preenchidos simultaneamente, não é legítima a aplicação da minorante.

No caso, o benefício foi negado em virtude das circunstâncias do caso concreto que evidenciam a dedicação do Paciente à atividade criminosa, notadamente em face da confissão do Acusado de que já havia realizado entregas de drogas no local, o que legitima a não redução das penas na terceira fase da dosimetria.

Assim, a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com base em circunstâncias específicas

do caso, tendo sido declinado elementos idôneos e concretos indicadores de envolvimento habitual com o esquema criminoso.

Nesse panorama, constatada pelo Tribunal de origem a ausência dos requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, sobretudo ante à conclusão de que o Paciente se dedicava a atividades criminosas, a modificação desse entendimento exigiria aprofundado reexame probatório, o que não é possível na via do *habeas corpus*.

Por fim, no tocante à fixação do regime inicial fechado, verifico ilegalidade flagrante, a ser reparada de ofício por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nesses crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, e as Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

Assim, na hipótese, considerando o quantum de pena estabelecido - 5 (cinco) anos de reclusão -, a primariedade do Acusado, e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a fixação do regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do *writ* e, nessa extensão, DENEGO a ordem. Outrossim, CONCEDO ordem de *habeas corpus*, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (págs. 5-7 do documento eletrônico 5).

Conforme se verifica, é inidônea a fundamentação empregada pelo Tribunal Bandeirante e mantida pela Ministra relatora no Superior Tribunal de Justiça, que justificaram o afastamento da minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas com a referência à quantidade de entorpecente apreendida e ilações no sentido da dedicação do réu à



**HC 207798 / SP**

prática de atividades criminosas.

Isso posto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus* (art. 192, *caput*, do RISTF) para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo sentenciante, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção imposta.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 25 de outubro de 2021.

Ministro **Ricardo Lewandowski**

Relator

Impresso por: 301.1785568-60 HC 207798  
Em: 27/10/2021 16:20:49