

HABEAS CORPUS 217.171 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : RODRIGO HENRIQUE AFONSO SILVA
IMPTE.(S) : LUCAS HERNANDES LOPES
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 634.949 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Lucas Hernandez Lopes, em favor de Rodrigo Henrique Afonso Silva, contra decisão proferida pelo Ministro Joel Ilan Paciornik do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não conheceu do HC 634.949 – SP.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de advertência pela prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/06). (eDOC 3)

Sobreveio apelação criminal, que reconheceu a autoria e materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, condenado o acusado à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Apelação. Crime de tráfico de drogas. Desclassificação na origem para o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Materialidade e autoria demonstradas. Provas suficientes de indicação da traficância. Condenação pelo crime de tráfico de drogas. Aplicação de sanção penal. Provimento ao recurso”. (eDOC 4)

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no STJ. Na ocasião postulou-se, em suma, o reconhecimento do tráfico privilegiado.

A ordem foi denegada.

Nesta Corte a impetrante postula, em suma, a aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo, haja vista o paciente ser primário, não ostentar antecedentes e, tampouco, se dedicar à atividades criminosas.

É o relatório.

HC 217171 / SP**Decido.**

Inicialmente, registro que o mérito da controvérsia não foi apreciado pelo colegiado do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a apreciação por esta Corte resultaria em supressão de instância.

Ausente pronunciamento colegiado naquele Tribunal, não houve lá esgotamento da instância. Sem o esgotamento da instância, a análise por esta Corte resulta em sua supressão. Cito precedentes:

"Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. *Habeas corpus* que impugna decisão monocrática de mérito proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Ausência de pronunciamento colegiado. Necessidade de interposição de agravo regimental. 3. Superação do óbice possível apenas nos casos de flagrante ilegalidade. Não ocorrência no caso concreto. 4. Agravo não provido". (AgR no HC 184.614, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 16.6.2020)

"Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. *Habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior. Supressão de instância. Não há manifesta ilegalidade no caso concreto a autorizar a concessão da ordem. 3. Abrandamento de regime e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Reincidência inespecífica. Irrelevância ao caso concreto. 4. Fixação de regime mais gravoso e negativa de substituição da pena corporal devidamente fundamentadas. 5 Agravo improvido". (AgR no HC 180.489, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14.4.2020)

É bem verdade que, em casos de manifesta e grave ilegalidade, tais entendimentos podem ser flexibilizados, inclusive por meio da concessão da ordem de ofício, **o que verifico ocorrer no caso em questão.**

Explico.

Conforme relatado, a defesa busca a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na

HC 217171 / SP

fração de 1/3.

De início, ressalto que são os seguintes os requisitos para concessão da causa de diminuição de pena, segundo os termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: (i) ser o agente primário; (ii) possuir bons antecedentes; (iii) não se dedicar a atividades criminosas e (iv) não integrar organização criminosa.

Verifico que o Tribunal de origem, ao reformar a sentença e negar a aplicação da minorante, consignou o seguinte:

“A pena-base deve ser fixada no mínimo legal - 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Sem alterações na segunda etapa, pois sua menoridade se torna inócua perante a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira etapa, inaplicável é o redutor especial, porque: 1. comprovadamente o Réu integrava organização criminosa e fazia do crime sua atividade remunerativa, pois foi flagrado com razoável quantidade de entorpecente extremamente nocivo (repetindo: “crack” - que é a cocaína na forma de cristal, atinge o cérebro muito rapidamente, dando uma alucinação intensa, mas de curtíssima duração, cerca de quinze minutos, o que causa imediata dependência do usuário, demonstrando assim seu poder nefasto contra um ser humano e sua família), não sendo possível que não tivesse a confiança de um traficante-chefe para portar e vender o que tinha consigo, a não ser por sua íntima relação com a ilícita conduta, situação já bem destacada por esta Corte (Ap. N° 0049725-63.2007.8.26.0405, rel. Des. Amado de Faria, 8ª Câm., j. em 19.04.2012): “Igualmente incabível a pretendida aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Ao contrário do que sustenta a Defesa, o recorrente não preenche os requisitos necessários à concessão da benesse. Conquanto seja tecnicamente, as particularidades do caso concreto permitem concluir que ele se dedicava a atividade criminosa.

Não consta ser o réu o produtor da cocaína que

HC 217171 / SP

comercializava. Isso significa que certamente é o elo na cadeia narcotraficante, porque adquire a droga de outrem, os quais, por óbvio, estão vinculados a atividades criminosas antecedentes à sua. Infere-se, portanto, que o réu integrava organização criminosa. As peculiaridades do crime de tráfico de entorpecentes examinado nos presentes autos colidem frontalmente com um dos próprios requisitos estabelecidos pelo legislador na aludida mercê, razão pela qual é impossível a aplicação da causa especial de diminuição da pena”; 2. a aplicação indiscriminada da benesse contraria o espírito da repressão penal mais severa que foi introduzido com a Lei nº 11.343/06; 3. a quantidade e a qualidade da droga inviabilizam a concessão da benesse (semque isso implique em “bis in idem”, porque a pena-base já foi fixada no mínimo legal), como já se posicionaram: a. o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Resp nº 1.428.895/MG, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 5ª T., j. Em 18.06.2014): “2. As circunstâncias concretas do delito, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido constituem fundamentos aptos a inviabilizar a aplicação da regra excepcional do art.33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como o estabelecimento de regime diverso do fechado. Precedentes”; b. o Supremo Tribunal Federal (HC nº 122.594-SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. Em 23.09.2014): “3. A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006”.

Além do mais, havia notícia de que praticava o comércio espúrio (o que culminou na expedição do mandado já citado), indicando estabilidade no ramo ilícito”. (eDOC 4, p. 7-9)

Assim, a quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa, devendo o juízo condenatório obter outros elementos hábeis a

HC 217171 / SP

embasar tal afirmativa, sobretudo no caso em apreço, em que o **réu foi preso portando apenas 8.9g de (oito gramas e nove decigramas) de crack.**

A previsão da redução de pena contida no § 4º do artigo 33 tem como fundamento distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família. Assim, para legitimar a não aplicação do redutor é essencial fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais.

Conforme assentado na doutrina: A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena (QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus. Comentários à Lei de Drogas. 2016. p. 50).

Assim, a quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa, devendo o juízo condenatório obter outros elementos hábeis a embasar tal afirmativa. Nesse sentido, assentou a Segunda Turma deste Supremo Tribunal:

“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

HC 217171 / SP

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, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 09.06.2017)

Nos termos assentados na doutrina: (...) militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, nesse caso, é do Ministério Público (...) (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas anotada. 2009. p. 109).

Tecidas as considerações pertinentes, verifico que o paciente preenche os requisitos legais previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, de forma que faz jus ao redutor.

Ante o exposto, nos termos do art. 192 do RISTF, **concedo a ordem**,

HC 217171 / SP

do presente *habeas corpus* a fim determinar que o Juízo de origem aplique o redutor, na fração de 1/3, ajustando, ainda, o regime prisional e analise possível substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, nos autos da Ação Penal n. 1500498-59.2018.8.26.0594.

Comunique-se, com urgência, ao TJSP e ao STJ.

Publique-se.

Brasília, 30 de agosto de 2022.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente