

HABEAS CORPUS 235.328 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : LUIS GUSTAVO PEREIRA DE ALMEIDA
IMPTE.(S) : WILLIAM CESAR PINTO DE OLIVEIRA E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por William César Pinto de Oliveira e outros em favor de Luis Gustavo Pereira de Almeida contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 2.070.794/SP, assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA ASSENTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS E IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O RECORRENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. TESES QUE DEMANDAM APROFUNDADO REEXAME DE FATOS E PROVAS. PROVIDÊNCIA VEDADA EM SEDE ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (eDOC 5)

Os impetrantes narram (eDOC 1) que o paciente foi condenado pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto.

Aduzem que na terceira fase da dosimetria da pena o Juízo *a quo* negou a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, porque o réu possui antecedentes por atos infracionais quando da sua menoridade. (p. 2)

HC 235328 / SP

Inconformada, a defesa do paciente interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, sendo dado parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação, alterar o regime fechado para o semiaberto.

Sustentam que os objetos apreendidos não são capazes de indicar que o paciente se dedicava a atividade ilícita, tanto que não foi encontrada variedade de droga.

Declaram que o paciente é primário, tem bons antecedentes e não integra organização criminosa. (p. 6)

Alegam que o paciente preencheria todos os requisitos para receber o benefício do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, indevidamente negado por possuir antecedentes por atos infracionais quando da sua menoridade. (p. 6)

Pleiteiam a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. (p. 6)

O feito foi distribuído à minha relatoria por prevenção ao HC 197.674/SP.

É o relatório.

Decido.

Transcrevo a fundamentação da decisão monocrática do ato coator, quanto a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006:

“Por fim, cabe lembrar que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a

reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

A Corte estadual, ao concluir pela ausência dos pressupostos autorizadores do reconhecimento do tráfico privilegiado, confirmou o entendimento magistrado de primeiro grau que teceu as seguintes considerações (e-STJ, fls. 230):

Na terceira fase, observo que o réu possui antecedentes por atos infracionais quando da sua menoridade (fls. 36 e 205/206), tendo cumprido medidas socioeducativas de internação por tráfico nos processos nº 0000317-81.2018.8.26.0320 e 1500215-68.2018.8.26.0551, fato assumido pelo acusado quando interrogado, o que denota dedicação à atividade criminosa quando somados com o encontro de 189 porções de cocaína, R\$3.452,00 (três mil quatrocentos e cinquenta e dois reais) em dinheiro (sem qualquer justificção), uma balança de precisão, caderno de anotações contendo anotações de venda de drogas e diversos microenvelopes da marca Zip Lock, não sendo caso de incidência do redutor previsto em lei, na linha da jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesses termos, considerando a relativa proximidade dos registros por atos infracionais com fatos ilícitos tratados neste feito, "somados com o encontro de 189 porções de cocaína, R\$ 3.452,00 (três mil quatrocentos e cinquenta e dois reais) em dinheiro (sem qualquer justificção), uma balança de precisão, caderno de anotações contendo anotações de venda de drogas e diversos microenvelopes da marca Zip Lock" (e-STJ fls. 230), o entendimento firmado na origem não destoia da orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, conforme se extrai dos seguintes julgados:

[...]

No contexto, para se acolher a tese de que o recorrente não se dedica a atividade criminosa, para aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial, como prescreve a Súmula n. 7/STJ.” (eDOC 4)

Transcrevo, também, a sentença condenatória, no relevante:

“Na terceira fase, observo que o réu possui antecedentes por atos infracionais quando da sua menoridade (fls. 36 e 205/206), tendo cumprido medidas socioeducativas de internação por tráfico nos processos nº 0000317-81.2018.8.26.0320 e 1500215-68.2018.8.26.0551, fato assumido pelo acusado quando interrogado, o que denota dedicação à atividade criminosa quando somados com o encontro de 189 porções de cocaína, R\$3.452,00 (três mil quatrocentos e cinquenta e dois reais) em dinheiro (sem qualquer justificção), uma balança de precisão, caderno de anotações contendo anotações de venda de drogas e diversos microenvelopes da marca Zip Lock, não sendo caso de incidência do redutor previsto em lei, na linha da jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça: (...)” (eDOC 2, p. 12)

O benefício do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, é de ser deferido ao agente que (i) seja primário; (ii) possuidor de bons antecedentes; (iii) não se dedique a atividades criminosas; e (iv) não integre organização criminosa.

Ele 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 sua não aplicação, 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).

O sentenciante concluiu que o paciente teria dedicação às atividades criminosas por ter em depósito expressiva quantidade de drogas (189 porções de cocaína - 24,45 gramas) e dispor de petrechos para seu condicionamento. Não houve, portanto, real comprovação de envolvimento com o crime organizado ou de continuidade da atividade criminosa. Nessa linha, assentou a Segunda Turma deste Supremo Tribunal:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Em observância aos princípios da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais, o afastamento do benefício deve ser embasado em elementos concretos que indiquem o não preenchimento dos requisitos legais. 3. A quantidade da droga apreendida e notícias anônimas de envolvimento com o tráfico não constituem fundamentação idônea para afastar o redutor. 4. À luz do princípio

constitucional da presunção da não culpabilidade, esta Suprema Corte consolidou o entendimento de que inquéritos ou ações penais em curso não podem ser valorados na dosimetria da pena. Por iguais razões, notícias de que o acusado era conhecido no meio policial não impedem a aplicação do benefício. 5. Agravo regimental desprovido”. (HC 206.716 AgR, rel. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 18.2.2022)

“Penal e Processual Penal. 2. Tráfico de drogas e aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. 3. A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção, de modo que o acusado tem direito à redução se ausente prova nesse sentido. 4. 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. Precedente: RHC 138.715, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9.6.2017. 5. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau. (HC 152.001 AgR, rel. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 28.11.2019)

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte compreende que a anterior prática de ato infracional não é apta a caracterizar a dedicação a atividades criminosas. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A NEGAR O REDUTOR DO AR.

33, §4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. (HC 202.574 AgR, rel. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 16.9.2021)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS. IRRELEVÂNCIA”. (HC 214.089 AgR, rel. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 9.6.2022)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RECORRENTE CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DE REGISTROS POR ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO CRIME DE TRÁFICO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. (RHC 210.056 AgR, rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.3.2022)

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** de *habeas corpus*, de ofício (RISTF, art. 192), a fim de determinar que o Juízo de origem aplique o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração que recomendarem as circunstâncias do fato, ajustando, ainda, o regime

HC 235328 / SP

prisional, nos autos da Ação Penal 1500138-68.2021.8.26.0320.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 27 de novembro de 2023.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente