

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 13

06/12/2019

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
AGTE.(S) :MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S) :
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, **em negar provimento ao agrado regimental**, nos termos do voto da Relatora. Sessão Virtual de 29.11.2019 a 5.12.2019.

Brasília, 6 de dezembro de 2019.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 13

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código E9A1-DE53-8321-2957 e senha 7B86-FAA7-D779-BE78

06/12/2019

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S) :
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Em 21.10.2019, concedi a ordem no presente *habeas corpus* para determinar ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, considerada a nova pena a ser imposta, reexaminar os requisitos para eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para fixação do regime prisional.

2. Publicada essa decisão no DJe de 6.11.2019, o Ministério Público interpõe, nessa mesma data, tempestivamente, o presente agravo regimental.

3. O agravante alega que “*primariedade e bons antecedentes não é o mesmo que dedicação a atividades criminosas; este conceito é mais abrangente que aqueles. Assim, outros feitos penais em curso, ainda que não afastem a primariedade e os bons antecedentes, podem ser usados para compor juízo quanto ao agente se dedicar a atividades criminosas*”.

Sustenta que “*o entendimento de que feitos penais em curso não podem influir na pena-base não pode ser transportado direta e automaticamente a fase da*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 13

HC 175466 AGR / SP

dosimetria da pena que a lei penal permite ao magistrado compor juízo, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, calcado em mais de um elemento,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 3B0F-136A-C622-3AC5 e senha 902B-8B49-F537-B7AB

os previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006”.

Afirma que o agravado “já foi processado e condenado por três anteriores episódios de tráfico internacional de drogas. Ainda que sem trânsito em julgado tais condenações, isso é suficiente para se considerar que o paciente se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus, portanto, à benesse de redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006”.

Este o teor dos pedidos:

“Nesses termos, o Ministério Público Federal requer:

- a) a intimação da defesa para apreciar o presente agravo;*
- b) juízo de retratação pelo relator do feito, reformando a decisão das f. 57 3/ 58 0, sendo denegada a ordem e restaurada a pena tal qual estabilizada no c. STJ; e*
- c) caso não haja retratação, seja o feito levado ao Colegiado, para fins de exame do mérito do presente agravo”.*

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 13

2

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 3B0F-136A-C622-3AC5 e senha 902B-8B49-F537-B7AB

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 13

06/12/2019

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao agravante.
2. Consta dos autos que o agravado, denunciado pela apontada prática do delito do art. 33 c/c o inc. I do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, foi absolvido pelo juízo da Oitava Vara Federal Criminal de São Paulo/SP.
3. A Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região proveu a apelação do Ministério Público para condenar o agravado às penas de cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e quinhentos e oitenta e três dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33 c/c o inc. I do art. 40 da Lei n. 11.343/2006.
4. Esse acórdão foi objeto de recurso especial inadmitido pelo VicePresidente do Tribunal Regional Federal da Terceira Região em 22.10.2018.
5. Contra essa decisão se interpôs no Superior Tribunal de Justiça o Agravo em Recurso Especial n. 1.434.296 e, em 25.6.2019, a Relatora, Ministra Laurita Vaz, conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, a ele negar provimento.

Essa decisão foi mantida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que desproveu o agravo regimental interposto pelo paciente:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. OPERAÇÃO FARO FINO. REMESSA POSTAL AO EXTERIOR. PLEITO ABSOLUTÓRIO. APONTADA NEGATIVA DE

HC 175466 AgR / SP

VIGÊNCIA AO ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUANTO À CONFIRMAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO AGENTE. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N.º 7/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO HÁBIL À DEMONSTRAÇÃO DA DEDICAÇÃO DO AGENTE À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES. PEDIDOS RESIDUAIS DE ABRANDAMENTO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICIALIDADE EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Acerca do pedido absolutório, o Tribunal ordinário, após exauriente reexame do delineamento fático e probatório coligido aos autos no carrear da instrução criminal, concluiu pela existência de elementos suficientes a fundamentar a justa causa do guerreado decreto condenatório, sobretudo a presença do elemento subjetivo do tipo na conduta – volitiva e consciente – do Apenado, na forma do art. 33, c.c art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/2006.*

2. *A desconstituição do julgado, por suposta negativa de vigência ao art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, sob a alegação de que a acusação não logrou êxito em apresentar prova suficiente do dolo do Recorrente, não encontra guarida na via eleita, visto que seria necessário a esta Corte o revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível, conforme inteligência do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ.*

3. *Segundo entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, e em observância ao postulado da vedação à proteção estatal deficiente, afigura-se possível a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, ainda que predicadas com condenações sem trânsito em julgado, como fundamento hábil a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, sem qualquer afronta ao primado da presunção de não culpabilidade.*

HC 175466 AgR / SP

4. Na espécie, embora o Condenado seja tecnicamente

primário e 2

sem antecedentes, sua habitualidade com atividades criminosas ficou evidenciada pelo fato de já ter sido condenado em outras 3 (três) ações movidas contra ele por tráfico internacional de drogas, sempre mediante a remessa postal ao exterior, delineamento apto a justificar a não concessão do redutor vindicado.

5. *Rechaçada a incidência da benesse do tráfico privilegiado, com a manutenção da reprimenda corporal do Recorrente acima do patamar de 4 (quatro) anos, reputam-se prejudicados, pelo prisma da adequação, os pleitos sucessivos de mitigação do regime prisional semiaberto para o aberto e de substituição da sanção corporal cominada por alternativas, ex vi do art. 577, parágrafo único, do CPP, conjugada à dicção dos arts. 33, § 2.º, alínea c, e 44, inciso I, ambos do CP.*

6. *Agravo regimental desprovido”.*

6. Esse o acórdão objeto do presente *habeas corpus*, sendo a ordem por mim concedida para determinar ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, considerada a nova pena a ser imposta, reexaminar os requisitos para eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para fixação do regime prisional.

7. Como assentei na decisão agravada, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região afastou a incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao fundamento de que o agravado já teria sido condenado em três ações por tráfico internacional de entorpecentes:

“O réu já foi condenado em outras 3 (três) ações movidas contra ele por tráfico internacional de drogas, sempre mediante a remessa postal ao exterior, tendo admitido em uma delas que efetuou diversas

HC 175466 AgR / SP

postagens a pedido de terceiro, de quem cobrava pelos serviços prestados. (...)

É justificável a fixação da pena-base no mínimo legal, considerando quantidade e a natureza da droga transportada pelo

3

acusado, assim fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Tal pena se ajusta à natureza e à quantidade da droga apreendida (131,5 g de cocaína).

Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes de pena.

Não incide a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, considerando que o envio de encomendas com drogas já foi feito por diversas ocasiões, revelando a habitualidade da conduta criminosa do acusado".

O Superior Tribunal de Justiça manteve essa fundamentação ao negar provimento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.434.296:

"Da intelecção dos excertos sublinhados, ratifica-se que provimento vergastado está em consonância com o atual entendimento sufragado pela Terceira Seção desta Corte Superior sobre a matéria, no sentido de que, em observância ao postulado sobre a vedação à proteção estatal deficiente, afigura-se possível a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, ainda que predicadas com condenações sem trânsito em julgado, como fundamento hábil a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, sem qualquer afronta ao primado da presunção de não culpabilidade.

Na espécie, embora o Condenado seja tecnicamente primário e sem antecedentes, sua habitualidade com atividades criminosas ficou evidenciada pelo fato de já ter sido "condenado em outras 3 (três) ações movidas contra ele por tráfico internacional de drogas, sempre mediante a remessa postal ao exterior" (fl. 422), delineamento apto a justificar a não concessão do redutor vindicado".

HC 175466 AGR / SP

8. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 591.054 (Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 26.2.2015), submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou a tese de que *“a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de*

4

dosimetria da pena”.

9. Nessa linha de entendimento, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 151.431 (Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 8.5.2018, Segunda Turma), o Ministro Gilmar Mendes sustentou que inquéritos e ações penais em curso tampouco podem servir de fundamento para afastar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin divergiram do Relator, mas, pelo empate, a ordem foi concedida, nos termos da seguinte ementa:

“Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. 4. Não aplicação da minorante em razão de sentença sem trânsito em julgado. 5. Paciente primário. 6. Ausência de provas de que integra organização criminosa ou se dedique à prática de crimes. 7. Decisão contrária à jurisprudência desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 7.1. O Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. 7.2. Para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do

HC 175466 AgR / SP

texto constitucional. 8. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Superação. 9. Ordem concedida parcialmente para que o Juízo proceda à nova dosimetria” (HC n. 151.431, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 8.5.2018).

Em 27.11.2018, essa orientação foi firmada pela Segunda Turma, em julgamento unânime:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.

5

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PROCEDIMENTOS E/OU PROCESSOS CRIMINAIS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA APLICAR A MINORANTE FUNDAMENTADAMENTE E RECALCULAR A DOSIMETRIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em “investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional” (HC 151.431/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes). Precedentes.

II – A escolha do patamar de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não prescinde de adequada fundamentação. Precedentes.

III – Agravo regimental a que se nega provimento” (HC n. 144.309-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 27.11.2018).

Considerado o entendimento assentado por esta Segunda Turma no julgamento do Agravo Regimental do *Habeas Corpus* n. 144.309, e enquanto

HC 175466 AGR / SP

aquela compreensão prevalecer, em respeito ao princípio da colegialidade, aplico a conclusão ali adotada e decido no sentido de que não podem condenações sem trânsito em julgado fundamentar o afastamento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

10. Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 13

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA AGDO.(A/S) : ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Segunda Turma, Sessão Virtual de 29.11.2019 a 5.12.2019.

Composição: Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

Ravena Siqueira
Secretária

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 13

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 7F89-301A-6157-9080 e senha C964-9ED0-CCBB-7C3A