

HABEAS CORPUS 201.480 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) :-----

IMPTE.(S) :MARIA CLAUDIA DE SEIXAS

COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal Justiça – STJ, que negou provimento ao Agravo Regimental no HC 591.855/SP, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. REITERAÇÃO DE TESE. IDENTIDADE DE PARTES, DE OBJETO E DE CAUSA *PETENDI*. PRETENSÃO DEFENSIVA JÁ VENTILADA EM *WRIT* ANTERIORMENTE IMPETRADO. LITISPENDÊNCIA CONFIGURADA. SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há constrangimento ilegal na decisão agravada porque, de fato, ‘é pacífico o entendimento firmado nesta Corte de que não se conhece de *habeas corpus* cuja questão já tenha sido objeto de análise em oportunidade diversa, tratando-se de mera reiteração de pedido [...]’ (AgRg no HC 584.120/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020).

2. No HC n. 523.261/SP foi formulada pretensão, em maior extensão, em favor do ora Agravante, sendo certo que o *writ* não foi conhecido por ser substitutivo de revisão criminal e ante a ausência de constatação de flagrante ilegalidade apta a ensejar a ordem de *habeas corpus* de ofício. Ainda, não há falar que os pedidos de ambos os *mandamus* são diversos, pois, a despeito de as questões apresentadas no *writ* anteriormente impetrado terem sido mais amplas, ressalto que dentre elas se encontravam os pleitos apresentados no presente *habeas corpus*, os quais foram outrora objeto de análise.

3. Segundo reiteradas manifestações desta Corte, não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do Relator calcada em jurisprudência dominante do Superior

Tribunal de Justiça, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do Órgão Colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.

4. A Defesa não se insurgiu, no momento oportuno, contra a decisão monocrática proferida no aludido HC n. 523.261/SP, motivo pelo qual operou-se a preclusão em relação à apreciação das questões apresentadas naquele *writ* e reiteradas neste *mandamus*.

5. Agravo regimental desprovido” (pág. 53 do doc. eletrônico 2).

Busca-se a concessão da ordem, para, “ainda que *ex officio*, para que se reconheça a patente ilegalidade contida v. acórdão que nega ao paciente direito subjetivo, aplicando-se a redução prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, na maior fração prevista, uma vez que o paciente atende a todos os requisitos necessários para tanto, com as necessárias alterações no *quantum* de sua pena e as respectivas adequações no que se refere ao seu regime de cumprimento” (pág. 20 da petição inicial).

É o relatório. Decido.

O *habeas corpus* não merece seguimento.

Isso porque a Sexta Turma do STJ limitou-se a não conhecer do HC 591.855/SP, ora questionado, porque era mera repetição do HC 523.261/SP, anteriormente impetrado naquele Tribunal em favor do paciente, com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido.

Nesse contexto, conhecimento desta impetração implicaria supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes proferidos em casos análogos: HC 135.001 AgR/MS, de relatoria do Ministro Edson Fachin; HC 136.452 ED/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber; RHC 131.539 AgR, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; e RHC 136.311/RJ, de minha relatoria.

Entendo, contudo, que a ordem pode ser concedida, de ofício.

Para concessão da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, exige-se que o réu preencha alguns requisitos de caráter pessoal, assim dispostos no referido diploma legal:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa.

[...]

§ 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” (grifei).

No caso, as instâncias ordinárias entenderam que o paciente não fazia jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por acreditar que a quantidade de droga apreendida (3.699,990g de maconha – 112 tabletes) evidencia o seu envolvimento com o crime organizado.

Veja-se o que consta da sentença:

“III. Deixo de reduzir a pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois comprovada a prática do tráfico em larga escala e da ligação com o crime organizado, ainda os maus antecedentes em face de Marco [corrêu]” (pág. 33 do doc. eletrônico 2).

E, no acórdão de segundo grau:

“Deixou-se, outrossim, de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois entendido que não se enquadram na figura do pequeno traficante que a lei buscou privilegiar em razão da grande quantidade de drogas apreendida, a demonstrar que se dedicam a atividades criminosas, senão, até mesmo ligados com o crime organizado; no mais, *Marco* apresenta maus antecedentes, o que por vedação expressa do dispositivo não seria mesmo o caso do privilégio” (pág. 45 do doc. eletrônico 2).

Esses fundamentos, a meu ver, não podem ser aceitos.

Como se nota, a quantidade de entorpecente foi isoladamente utilizada como elemento para presumir a ligação do paciente com o crime organizado e, assim, negar-lhe o direito à minorante.

Não desconheço o entendimento da Segunda Turma, firmado no sentido de que, “se as instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o *habeas corpus* não comporta” (HC 136.177 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli). No mesmo sentido: RHC 137.801 AgR/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

Todavia, além de o paciente preencher os requisitos subjetivos (ser primário e possuir bons antecedentes), também não ficou comprovado o seu real envolvimento com o crime organizado, não podendo a quantidade de droga apreendida, embora não pequena, impedir a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Aliás, os acusados foram absolvidos do delito de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006), por falta de provas (págs. 30-31 do doc. eletrônico 2);

Nesse sentido, menciono os seguintes julgados de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. I - 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. II - A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria em questão. A análise do *writ* foi exauriente, respeitados os estreitos limites dessa via mandamental. III – Agravo a que se nega seguimento” (RHC 178.844 AgR/SP, de minha relatoria, Segunda Turma).

“Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. Recurso da PGR. Tese de necessidade de afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Presunção de que o agravado é membro de organização criminosa com base apenas na quantidade da droga. Impossibilidade. 3. A participação do réu em organização criminosa deve ser comprovada nos autos, inadmitida a presunção. Precedentes. 4. Agravo a que se nega provimento” (HC 177.710 AgR/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma).

“[...] 1. A *mens legis* extraída do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas consiste em punir com menor rigor o pequeno e eventual traficante, ao possibilitar-lhe a redução da pena em até 2/3 (dois terços), de modo a distingui-lo do grande e contumaz traficante, a quem cabe maior apenação. 2. *In casu*, os fatos e provas são inequívocos; por isso, não se trata de reexaminá-los, mas de proceder à correta revalorização para compreender que a pequena quantidade de entorpecente (25,80g de cocaína, acondicionada em 26 invólucros), não autoriza presumir a

dedicação do paciente ao tráfico, para caçar-lhe a redução penal concedida na sentença, a *fortiori* em se tratando de réu primário, com residência fixa e vários registros de emprego em carteira, impondo-se concluir que se trata de crime isolado, o que lhe garante a aplicação da mencionada minorante. 3. A diminuição operada pelo Magistrado de primeiro grau, vale dizer por quem teve estreito contato com as provas e com o réu, deve ser prestigiada, como sustentado, a propósito, no parecer ofertado pelo órgão do Ministério Público Federal oficiante no Superior Tribunal de Justiça, que restou desacolhido. 4. A ausência de interposição de agravo regimental contra a decisão que negou seguimento ao *writ* implica o não conhecimento da impetração, uma vez que não restou exaurida a jurisdição no Tribunal a quo. 5. *Habeas corpus* não conhecido; ordem concedida, *ex officio*, com fundamento no artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para anular, no ponto, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, restabelecendo a causa de diminuição da pena reconhecida na sentença” (HC 129.466/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma).

Esta Suprema Corte também já se pronunciou no sentido de que configura constrangimento ilegal a decisão fundada em premissa de causa e efeito automático, que deixa de aplicar o redutor sem a devida motivação (*vide* HC 131.795/SP, rel. Min. Teori Zavascki), *in verbis*:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1. A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios porquanto autônomos, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a

norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, *caput* e § 1º, daquele mesmo diploma legal em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, razão pela qual, evidentemente, não estaria apto a usufruir do referido benefício.

2. A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada mula, por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

3. Assim, padece de ilegalidade a decisão do Superior Tribunal de Justiça fundada em premissa de causa e efeito automático, sobretudo se consideradas as premissas fáticas lançadas pela instância ordinária, competente para realizar cognição ampla dos fatos da causa, que revelaram não ser a paciente integrante de organização criminosa ou se dedicar à prática delitiva.

4. Ordem concedida”.

A meu ver, portanto, as instâncias ordinárias não apresentaram 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.

Isso posto, com fundamento no art. 192 do Regimento Interno do STF, nego seguimento do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, tão somente para determinar ao juízo competente que aplique, no novo cálculo da pena, a referida causa especial de diminuição, na fração de 2/3, porquanto a quantidade de droga apreendida já foi considerada para exasperar a pena-base, e não foi apontada na sentença condenatória, nem no acórdão de segundo grau, nenhuma outra circunstância que justifique redução menor.

Fixada a nova reprimenda, aquele Magistrado deverá, ainda, analisar, à luz do art. 33 do CP, se o paciente pode cumprir a pena em regime inicial diverso do fechado, bem como avaliar se ele preenche os requisitos objetivo e subjetivo para a substituição da pena corporal por sanção restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Publique-se.

Brasília, 5 de maio de 2021.

Ministro Ricardo Lewandowski

Relator