

## HABEAS CORPUS 227.176 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA  
PACTE.(S) : LEONARDO SILVA LOPES  
IMPTE.(S) : JANINI MARI ZANCHETTA  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 780.012 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO

*HABEAS CORPUS.* DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO APONTADO COMO COATOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. MOTIVAÇÃO INSUBSISTENTE PARA AFASTAMENTO. ILEGALIDADE MANIFESTA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão, proferida no Superior Tribunal de Justiça, pela qual o Ministro Relator não conheceu do *Habeas Corpus* nº 780.012/SP.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado a 6 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 dias-

## HC 227176 / SP

multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de drogas). O Juízo sentenciante deixou de aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33, por entender caracterizada a dedicação a atividades criminosas.

3. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento à apelação da defesa, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime fechado, acrescidos de 583 dias-multa. Embargos de declaração foram rejeitados. O acórdão transitou em julgado em 19/06/2019.

4. Em 21/10/2022, formalizou-se a impetração no STJ, não conhecida pelo Relator.

5. Neste *habeas corpus*, a impetrante diz atendidos os requisitos legais para a incidência da minorante. Sustenta ser inidônea a fundamentação adotada para afastá-la, qual seja, a quantidade de entorpecente e outros dados que considera inerentes ao próprio tipo penal, a exemplo da forma de acondicionamento das drogas.

6. Pretende, em âmbito liminar, a colocação do paciente em regime aberto e, no mérito, a observância da causa de diminuição, no patamar de 2/3. Subsidiariamente, requer seja determinado ao STJ o exame do mérito do *habeas corpus* lá formalizado.

7. Na Petição STF nº 40.520/2023, a impetrante reiterou os pedidos e aludiu à decisão mediante a qual dei provimento ao RHC nº 219.143/MG, em 29/10/2022, dizendo tratar-se de caso análogo.

É o relatório.

**Decido.**

8. Este *habeas corpus* volta-se contra decisão individual de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. **Inexistindo pronunciamento colegiado do STJ, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito versada na impetração** (CRFB, art. 102, inc. I, al. “i”). **O caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental, cabível na origem.** Nesse sentido: HC nº 115.659/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02/04/2013, p. 25/04/2013; HC 197.645-AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 08/04/2021, p. 16/04/2021, e HC nº 199.029-AgR/MA, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 19/04/2021, p. 29/04/2021.

9. Ademais, as questões suscitadas neste *habeas corpus* não passaram pelo crivo do STJ. **No ato impugnado, o Ministro Relator limitou-se a afirmar a inadequação da via eleita, considerado o trânsito em julgado da condenação, restando preclusas eventuais nulidades verificadas no curso do processo.** A atuação originária desta Suprema Corte acarretaria supressão de instância e ampliação indevida da competência prevista no art. 102 da CRFB. Assim decidiram o Plenário e ambas as Turmas: HC nº 109.430-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10/04/2014, p. 13/08/2014; HC nº 164.535-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 17/03/2020, p. 20/04/2020; e HC nº 163.568/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 13/08/2019, p. 30/08/2019.

10. Acrescente-se que o título condenatório transitou em julgado em **19/06/2019**, tendo sido formalizada esta impetração apenas em **21/04/2023**. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da **inviabilidade de utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal, salvo em hipóteses de manifesta ilegalidade** (RHC nº 203.506-AgR/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 23/08/2021, p. 25/08/2021; HC nº 154.106-ED/MS, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 29/06/2018, p. 06/08/2018; HC nº 135.239-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 07/08/2018, p. 17/09/2018; e HC nº 161.656-

AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 23/10/2018, p. 31/10/2018).

11. Verificada a inadequação da via eleita, **a concessão da ordem de ofício é providência excepcional**, a ser implementada somente quando constatada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia na decisão impugnada. **Entendo ser o caso dos autos.**

12. Conforme o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é viável a diminuição da pena, de 1/6 a 2/3, para o agente primário, sem antecedentes, que não se dedica a atividades delituosas nem integra organização criminosa.

13. O Juízo sentenciante, ao realizar a dosimetria da pena, entendeu não preenchidos tais requisitos, tendo em vista a **dedicação do paciente a atividades criminosas**, evidenciada a partir das seguintes premissas:

“De outra parte, **inviável a redução da pena, com fundamento no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em virtude da quantidade e natureza das drogas apreendidas em poder do réu o que indica o desvalor de sua conduta.** De acordo como art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza e a quantidade de drogas devem ser consideradas para fins de dosimetria de pena. **Nesta esteira, considerando a quantidade de droga apreendida, nego o benefício de redução da pena.** Isto porque a natureza da droga indica uma maior lesividade e perigo social decorrente da conduta do acusado. Não se pode dar ao réu o mesmo tratamento que se daria àquele que comercializa pequena quantidade de maconha. Dessa forma, **estando provado que o réu se dedicava de forma reiterada à pratica de atividades criminosas bem como havendo indícios de que integra organização criminosa, inviável a aplicação da causa de redução de pena.** Desta forma, mantenho a pena aplicada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de

625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.” (e-doc. 3, p. 4-5; grifos acrescidos).

14. No exame da apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve o afastamento da minorante:

“Não era mesmo o caso de concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas eis que, embora seja o réu primário e não ostente antecedentes desabonadores, **a quantidade de narcóticos apreendidos; sua forma de acondicionamento; sua dualidade; bem como ser o palco da prisão local conhecido pelo exercício da comercialização nefasta demonstraram, com segurança, que fazia ele do tráfico seu meio de vida, como se profissão fosse. Traficante incipiente algum guardaria tamanha quantidade de substâncias proscritas!** Dedicava-se, assim, às atividades criminosas, havendo impeditivo legal para a concessão da redutora (...).” (e-doc. 4, p. 15; grifos acrescidos).

15. Percebe-se que **a causa de diminuição foi afastada, em primeira instância, com fundamento exclusivo na quantidade e na natureza da droga apreendida. O Tribunal de Justiça, em apelação interposta pela defesa, acrescentou outros dados:** a dualidade de tipos de droga, o fato de estarem fracionadas para venda e o local onde aconteceu a prisão, que seria conhecido como ponto de comercialização de drogas.

16. A par da *reformatio in pejus*, no aspecto qualitativo (o Tribunal de Justiça acrescentou fundamentos contrários à pretensão do ora paciente, em recurso exclusivo da defesa, ainda que não lhe tenha agravado a pena), nota-se a **inidoneidade da motivação utilizada**, tendo em vista o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, **embora a natureza e a quantidade da droga sejam elementos determinantes na**

**modulação da minorante do tráfico privilegiado, não são aptas, por si sós, a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação a atividades criminosas.** As suposições quanto à habitualidade delitiva com alicerce na forma de acondicionamento das substâncias também não respaldam, **de maneira categórica**, a dedicação a atividades criminosas. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Segunda Turma:

“AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE CARACTERIZADA. **TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADO UNICAMENTE EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.** AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Mesmo quando inadmissível o habeas corpus, é possível a concessão da ordem de ofício, desde que caracterizada situação de flagrante ilegalidade. Precedente. 2. **O afastamento da minorante do tráfico privilegiado unicamente em decorrência da quantidade e da natureza da droga apreendida não constitui fundamento idôneo apto a afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.** 3. Agravo interno desprovido.”

(HC nº 190.396-AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques Segunda Turma, j. 16/11/2021, p. 03/02/2022; grifos acrescidos).

“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 nº 206.716-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 11/11/2021, p. 18/02/2022; grifos acrescentados).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A NEGAR O REDUTOR DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. A MERA MENÇÃO À QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA NÃO SATISFAZ A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PARA FINS DE NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS

INAPTAS A COMPROVAR A DEDICAÇÃO AO CRIME OU O PERTENCIMENTO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. **A quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006.** 3. Diversamente do que ocorre na primeira fase da dosimetria da pena, em que a quantidade e qualidade de drogas são vetores legalmente expressos (art. 42 da Lei 11.343/2006) e, portanto, dispensam maiores digressões, a utilização dessa circunstância na terceira fase só é admitida se constituir uma demonstração do não preenchimento de algum dos vetores legalmente elididos. Precedentes. 4. **Imperiosa a comprovação de algum evento concreto, dentro da cadeia factual, de que o agente efetivamente pertença a organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas.** 5. Agravo regimental desprovido.”

(HC nº 205.357-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 04/10/2021, p. 08/11/2021; grifos acrescidos).

“AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA.** INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. 1. É inviável o agravo interno que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. 2. Não se admite o *habeas corpus* quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator, por caracterizar-se inadmissível supressão de instância. 3. A

**pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é fundamento idôneo para afastar a redução do tráfico privilegiado.** 4. Ficou evidenciado, no caso, tratar-se de pequeno traficante, eventual ou de menor potencial, que faz jus à aplicação da causa especial de redução de pena (tráfico privilegiado), nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Agravo interno provido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar o refazimento da dosimetria da pena, com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.”

(HC nº 208.115-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. do Acórdão Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 14/12/2021, p. 03/03/2022; grifos nossos).

17. Ante o exposto, **nego seguimento ao *habeas corpus*, mas, com base no art. 192 do RISTF, concedo a ordem, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução Penal que aplique o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006. Redimensionada a pena, deverá avaliar o cabimento de regime de cumprimento mais brando e a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.**

**Comunique-se, com urgência.**

**Publique-se.**

Brasília, 27 de maio de 2023.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator