

HABEAS CORPUS 233.898 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA
PACTE.(S) : CARLOS DANIEL ARAUJO FREITAS
IMPTE.(S) : CEZAR AUGUSTO TRUNKL MUNIZ
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO ARESP Nº 2.015.088 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGISTROS DE ATOS INFRACIONAIS. IRRELEVÂNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão, proferida no Superior Tribunal de Justiça, pela qual o Ministro Relator negou provimento ao Agravo em Recurso Especial nº 2.015.088/SP.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de drogas). O Juízo sentenciante negou a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, por entender caracterizada a dedicação a atividades criminosas.

HC 233898 / SP

3. O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação interposta pela defesa.

4. Contra essa decisão, a defesa interpôs recurso especial, inadmitido pelo Tribunal de origem. Sobreveio o citado agravo em recurso especial.

5. Neste *habeas corpus*, o impetrante alega, em síntese, atendidos os requisitos legais para a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Afirma ser inidônea a fundamentação veiculada para afastá-la, qual seja, a existência de registros de atos infracionais.

6. Requer a observância do redutor, na fração de 2/3, com a modificação do regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Em consulta ao *site* do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se a ocorrência do trânsito em julgado do título condenatório, em 08/03/2022.

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. A par desse aspecto, observa-se que a condenação transitou em

HC 233898 / SP

julgado em 08/03/2022, tendo sido formalizada esta impetração apenas em 11/10/2023. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da **inviabilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, ressalvados os casos 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).

10. Verificada a inadequação da via eleita, **eventual concessão da ordem de ofício é providência excepcional**, a ser implementada somente se constatadas situações de flagrante ilegalidade, de abuso de poder ou mesmo de teratologia na decisão impugnada. Vejamos.

11. 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. Eis o teor do dispositivo:

“§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, **não se dedique às atividades criminosas** nem integre organização criminosa.” (grifos nossos).

12. O Juízo sentenciante concluiu não preenchidos os requisitos, tendo em vista **a prática anterior de atos infracionais**, elementos a evidenciarem, sob sua ótica, **a dedicação do paciente a atividades criminosas**:

HC 233898 / SP

“Em terceira fase, resguardado entendimento diverso, tenho que seja inaplicável a redutora, pois como já enfatizado, há elementos conhecidos no sentido de que Carlos Daniel Araújo Freitas dedicava-se à prática de atividades criminosas, motivo pelo qual a pena fica inalterada. **Essa dedicação é extraída de seus anteriores atos infracionais e do depoimento do policial Lucas. A fls. 29, especificamente, constam diversas passagens infracionais: ao menos três apurações de atos infracionais e duas execução de medidas sócio-educativas. Evidenciado, portanto, que Carlos Daniel dedica-se à atividades criminosas, incabível o benefício.**” (e-doc. 5, p. 34; grifos nossos).

13. A visão foi reiterada pelo Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação. Confira-se o trecho pertinente:

“Na terceira fase, impossível cogitar de aplicação da redutora prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Evidente que CARLOS DANIEL, há tempo vinha se dedicando à prática de atividades criminosas, como narraram os policiais militares, ouvidos em Juízo.

Destacou a r. sentença que às fls. 29, especificamente, constam diversas passagens infracionais: ao menos três apurações de atos infracionais e duas execuções de medidas socioeducativas.

É verdade que processo perante o Juízo da Infância e Juventude não caracteriza maus antecedentes, mas pode caracterizar a dedicação do réu às atividades criminosas desde longa data e afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.” (e-doc. 6, p. 30, grifos nossos).

14. O Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao agravo

HC 233898 / SP

em recurso especial, assentou correta a visão adotada nas instâncias ordinárias:

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que **“o histórico de envolvimento do agente na prática de atos infracionais, quando menor, pode justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por evidenciar a sua dedicação às atividades criminosas** (AgRg no HC n. 685.372/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/08/2021)” (AgRg no n. HC 666.929/SP, relator Ministro JESUÍNO RISSATO, Desembargador convocado do TJDF, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 3/11/2021).

(...)

Assim, presente fundamento apto a justificar a não aplicação da benesse, uma vez que, não bastasse o fato de que contra o recorrente “constam diversas passagens infracionais: ao menos três apurações de atos infracionais e duas execuções de medidas socioeducativas”, todas as ocorrências dizem respeito ao delito de tráfico de drogas (fl. 142), bem como mostra-se curta a distância temporal entre os atos infracionais (o último foi cometido em 2019 - fl. 29) e o crime objeto da presente ação penal, praticado em 1/2/2020 - fl. 56 -, quando o agente possuía apenas 18 anos de idade.” (e-doc. 7, 70-71; grifos nossos).

15. Entendo, contudo, ser inidônea a fundamentação veiculada.

16. Quanto ao fundamento referente à **prática anterior de atos infracionais**, observo que o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas autoriza, atendidos os demais requisitos, a diminuição da pena imposta àquele que **“não se dedique às atividades criminosas”**. **O menor de 18 anos, no entanto, não comete crime**, por ser penalmente inimputável (art. 228 da

HC 233898 / SP

Constituição da República), mas **ato infracional**, cujo processo e julgamento ocorre de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e a legislação correlata. Por conseguinte, **não se lhe impõe pena, mas medida socioeducativa, a qual não repercute na esfera penal.**

17. Não por outro motivo, o Plenário desta Suprema Corte assentou, há muito, que as condenações definitivas pela prática de atos infracionais são insuscetíveis de caracterizar maus antecedentes ou reincidência:

“(...) no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade (...)”.

(RE nº 229.382/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 26/06/2002, p. 31/10/2002; grifos nossos).

18. Assim, existem **ao menos duas razões** pelas quais considero ser inadequado o afastamento da minorante do tráfico privilegiado com base na prática anterior de atos de infracionais.

19. **A primeira diz respeito à dogmática penal:** se adolescente não comete crime (fato típico e ilícito praticado por agente culpável), contraria a lógica agravar-lhe a pena, atribuindo-lhe juízo de maior culpabilidade, em virtude de atos cometidos enquanto se encontrava fora do alcance da norma penal.

20. A **segunda razão** é o especial âmbito de proteção às crianças e aos adolescentes delineado no ordenamento jurídico pátrio a partir do art. 227 da CRFB, em cujos termos *“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*.

21. A necessidade de se atentar para a **proteção integral de crianças e adolescentes**, evitando-se transferir para o âmbito penal consequências oriundas de fatos alusivos à menoridade, foi bem retratada pelo eminente Min. Edson Fachin, por ocasião do julgamento do HC nº 202.574-AgR/SP. Mostra-se particularmente elucidativo o seguinte trecho:

“Esse entendimento está em consonância com sistema de proteção integral assegurado a crianças e adolescentes por nosso ordenamento jurídico (art. 227 da Constituição Federal; Estatuto da Criança e do Adolescente e Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança), que atribui corresponsabilidade à família, à sociedade e ao poder público na promoção e defesa de seus direitos fundamentais.

Com efeito, **o adolescente é sujeito de direito, destinatário de absoluta prioridade, cuja condição peculiar de pessoa em desenvolvimento deve ser respeitada.**

Sob essa ótica, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que as medidas aplicadas ao menor infrator são socioeducativas e objetivam a sua própria proteção.

Ademais, não podemos olvidar que a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) identifica a

HC 233898 / SP

“utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes” como uma das piores formas de trabalho infantil, junto ao abuso sexual e à escravidão.

Sem dúvida, crianças e adolescentes envolvidos na atividade de tráfico de drogas são, em verdade, vítimas da criminalidade e da ineficiência do Estado, da família e da sociedade em protegê-los e assegurar-lhes os seus direitos fundamentais. O fato de se tornarem adultos que persistem na conduta ilícita torna evidente a incapacidade de atuação desses atores e a vulnerabilidade desses jovens à época em que eram inimputáveis.

Desse modo, repiso que a prática de atos infracionais pretéritos não deve repercutir na dosimetria da reprimenda do agente, sob pena de subverter o sistema de proteção integral ao estigmatizar o adolescente como criminoso habitual, desrespeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sujeito de direito. (...).”

(HC nº 202.574-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 17/08/2021, p. 16/09/2021; grifos nossos).

22. Seguindo a mesma orientação, destaco precedentes de ambas as Turmas desta Suprema Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. ATOS INFRACIONAIS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

HC 233898 / SP

(HC nº 184.979-AgR/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 22/06/2020, p. 07/08/2020; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006). QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A NEGAR O REDUTOR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. ORDEM CONCEDIDA PARA SE REFAZER A DOSIMETRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. **A prática anterior de atos infracionais pelo paciente não configura fundamentação idônea a afastar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.** 3. 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. 4. 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 um indicativo de não preenchimento de algum dos vetores legalmente eligidos. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.”

(HC nº 191.992-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 08/04/2021, p. 29/04/2021; grifos nossos).

HC 233898 / SP

“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.** 1. Inadmissível o emprego do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício. Precedente. **2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a existência de registro pretérito de atos infracionais não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes.** 3. Considerados a primariedade, os bons antecedentes ostentados pelo paciente, a quantidade de drogas não expressiva, bem como ausentes fortes indícios de envolvimento com organização criminosa ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), inexistente, ainda, circunstância ou fato desabonador ensejador de aplicação de fração menor. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.”

(HC nº 214.089-AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 06/06/2022, p. 09/06/2022; grifos nossos).

23. Com efeito, afastado o fundamento referente ao registro de atos infracionais, inexistente, no título condenatório, qualquer outra circunstância impeditiva à incidência da causa de diminuição em questão.

24. Ante o exposto, **nego seguimento ao *habeas corpus***, porém, de

HC 233898 / SP

ofício, **concedo a ordem**, nos termos do art. 192 do RISTF, a fim de determinar que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos/SP, no Processo nº 1500186-43.2020.8.26.0617, ou o Juízo da Execução Penal, caso já expedida a guia de recolhimento definitiva, aplique, fundamentadamente, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006. Redimensionada a pena, deverá ser avaliado o cabimento de regime de cumprimento mais brando e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

25. **Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

Publique-se.

Brasília, 19 de outubro de 2023.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator