

HABEAS CORPUS 240.139 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : ITALO MIRANDA NOGUEIRA CARDOSO
IMPTE.(S) : GUILHERME FERNANDES VAN LOPES FERREIRA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (AgRg no AREsp 2063742/MG - eDOC 12):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGISTRO DE VÁRIOS ATOS INFRACIONAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP, fixou o entendimento de que "o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração" (Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8/9/2021, DJe 4/10/2021). 2. Tendo em vista que o agravante já respondeu por diversos atos infracionais de igual gravidade, em 2015, 2016 e 2017; tendo sido neste feito condenado por fato praticado em julho de 2018, está justificado o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. Agravo regimental não provido.

Alega-se, em síntese, que atos infracionais não podem justificar o afastamento do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Pede-se, liminarmente, a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 e, por consequência do abrandamento da pena, a

modificação do regime para aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

É o relatório. **Decido.**

1. Cabimento do *habeas corpus*:

Esta Corte compreende que, ordinariamente, o *habeas corpus* não se presta a rescindir provimento condenatório acobertado pelo manto da coisa julgada, daí a impossibilidade de figurar como sucedâneo de revisão criminal. Acerca do tema:

“O Supremo Tribunal Federal não admite a utilização do *habeas corpus* em substituição à ação de revisão criminal.” (HC 128693 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, *grifei*)

“O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.” (HC 123430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, *grifei*)

“(...) *habeas corpus* não pode ser utilizado, em regra, como sucedâneo de revisão criminal, a menos que haja manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior.” (HC 86367, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, *grifei*)

No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **o *habeas corpus* não merece conhecimento**, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal.

2. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

Nada obstante, no caso, verifico ilegalidade flagrante na

dosimetria da pena a autorizar a concessão do *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

No caso concreto, o Juízo de primeiro grau realizou a dosagem da reprimenda nestes termos (eDOC 7, p. 5/6 - grifei):

A despeito de o acusado ser primário, ostenta registros de atos infracionais, os quais inviabilizam, na forma da jurisprudência o STJ, a incidência da causa de diminuição do art. 33, parágrafo 40, da Lei n. 11.343, de 2006: "Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas" (STJ, HC 455. 785/SP Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 0710812018, DJe 1510812018)

(...)

O exame das circunstâncias judiciais atesta que todas as circunstâncias são favoráveis ao acusado, salvo quanto à culpabilidade elevada decorrente da quantidade e da variedade de entorpecentes (33 pinos de cocaína, 43 pedras de crack e 1 barra de maconha). Logo a pena-base é pouco acima da mínima, ou seja, 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, cada um no valor de 1130 do salário-mínimo: O acusado é menor de 21 anos; pelo que reduzo a pena para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pena esta que torno definitiva. O regime inicial, considerando o quantitativo de penas mas, também, o tempo de segregação cautelar do acusado (art. 387 do CPP), é o semiaberto, pelo que defiro ao acusado o direito de recorrer em liberdade. Inviáveis os benefícios dos arts. 44 e 77 do CP.

O Tribunal local, do mesmo modo, manteve o afastamento do redutor nos seguintes termos (eDOC 8, p. 2):

"Da mesma forma, incabível a concessão do tráfico privilegiado.

Ora, não obstante a primariedade de Ítalo, a CAI e a FAC acostadas às fls. 43/46 e 56/63, respectivamente, evidenciam a reiteração criminosa do acusado que, desde menor, conta com inúmeras passagens policiais pelo tráfico de drogas, o que torna impossível a aplicação da causa especial de diminuição de pena, restrita apenas aos traficantes de primeira viagem."

Observo que as instâncias ordinárias negaram ao paciente a aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 por considerarem que os registros de atos infracionais e a folha de antecedentes criminais demonstram que o paciente se dedica a atividades criminosas.

Esse posicionamento, contudo, não se alinha à jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que *"para legitimar a não aplicação do redutor 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."* (HC 178.018, Relator Gilmar Mendes, DJe 27.11.2019).

A jurisprudência da Colenda Turma entende que a menção a atos infracionais praticados pelo agente não consiste em fundamentação idônea para afastar a minorante em exame.

Nessa linha, cito acórdão proferido pela Segunda Turma, de minha relatoria:

"EMENTA: 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.

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.

3. Na linha dos precedentes desta Colenda Turma, a menção a atos infracionais praticados pelo agente não consiste fundamentação idônea para afastar a minorante em exame. Esse entendimento está em consonância com sistema de proteção integral assegurado a crianças e adolescentes por nosso ordenamento jurídico.

4. A teor das Súmulas 718 e 719/STF, figura-se inadmissível a fixação do regime inicial fechado com base em considerações abstratas acerca da gravidade do delito imputado.

5. Agravo regimental desprovido." (HC 202574/SP, S de minha relatoria, Segunda Turma, julgado na Sessão Virtual de 6.8.2021 a 16.8.2021, ementa pendente de publicação)

No mesmo sentido: HC 192.026/SP, Relator Rosa Weber, DJe 01.12.2020; HC 198.417/DF, Relatora Cármen Lúcia, DJe 09.03.2021; HC 198.732, Relatora Rosa Weber, DJe 15.03.2021.

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.

Além disso, não podemos olvidar que a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) identifica a “*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 evidencia 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.

Por fim, esclareço que o STF entende, à luz do princípio da presunção de inocência, que a utilização de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado é insuficiente para comprovar a dedicação do paciente a atividades criminosas. Vejamos:

“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 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 151431, Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 08.05.2018)

Desse modo, constatada a motivação inidônea para afastar a causa de diminuição da pena, concluo que a deficiência na fundamentação da dosimetria da reprimenda configura situação de flagrante ilegalidade, especialmente porque o paciente é primário, possui bons antecedentes e, à míngua de outros elementos probatórios, não há comprovação de que integre organização criminosa ou se dedique à traficância habitualmente.

Dito isso, não visualizo qualquer argumento ou fundamento hábil a negar a incidência da minorante em seu patamar máximo.

Por conseguinte, promovo a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3, tornando definitiva a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (onze) meses de reclusão.

À luz da modificação promovida na dosimetria da pena, o regime prisional imposto ao paciente deve ser o aberto, pois as circunstâncias

HC 240139 / MG

do caso concreto, a meu ver, não recomendam regime mais gravoso (art. 33, §2º, c e art. 33, §3º, ambos do CP).

Finalmente, presentes os requisitos legais para tanto, deve também a pena privativa de liberdade ser substituída pela restritiva de direitos.

4. Posto isso, com fulcro no art. 192 do RISTF, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de: a) aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no percentual máximo de 2/3 (dois terços), e, conseqüentemente, tornar definitiva a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e a pena de multa de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa; b) estabelecer o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do CP; c) determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução nos moldes do art. 44, § 2º, do CP.

Comunique-se com urgência.

Oficie-se ainda ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e ao STJ, dando-lhes ciência desta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 22 de abril de 2024.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente