

## VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental (eDOC 14, p. 1-7) interposto por Felipe Hélio dos Santos e Cezar Augusto Padilha, por intermédio da Defensoria Pública da União (DPU), da decisão do Relator, a qual **negou provimento ao presente RHC** (eDOC 8, p. 1-6).

Destaco, pois, da **decisão ora agravada** :

“(…)

Transcrevo, por oportuno, a ementa do acórdão que sintetiza o teor da decisão combatida:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. Hipótese em que a Corte de origem manteve afastada a incidência da minorante por entender que o modo como foram encontrados os entorpecentes (968,6g de maconha), a balança de precisão, além de objetos e aparelhos utilizados em estufa, para proceder o processamento e a secagem da droga, evidenciam a habitualidade delitiva dos réus no tráfico de entorpecentes. Logo, assentado no acórdão impugnado que o ora agravante se dedica ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. 3. Agravo regimental desprovido. (pág. 56 do documento eletrônico 3).

Conforme se verifica, a negativa da referida redutora foi apoiada por elementos concretos constantes dos autos e devidamente expostos no acórdão recorrido, os quais destoam daqueles que normalmente são verificados quando a traficância é praticada pela primeira vez, sem maiores planejamentos.

Os elementos utilizados, de fato, demonstram a dedicação dos pacientes à prática do tráfico, o que afasta a possibilidade de incidência da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Ademais, decidir de modo diverso demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que, como sabido, é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Isso posto, nego provimento a este recurso (art. 192, *caput*, c/c art. 312, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).” (eDOC 8, p. 3-6; grifos originais)

No **presente agravo regimental**, inicialmente, sustenta-se:

“Não se pretende que essa Corte Suprema se debruce sobre as provas colhidas, mas que, à luz da jurisprudência que prevalece na Segunda Turma do STF, revalore os elementos dos autos a fim de apreciar a possibilidade de aplicação da causa de diminuição veiculada no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, ou próximo dele, uma vez que os recorrentes preencheram todos os requisitos estipulados em lei.” (eDOC 10, p. 2; grifos originais).

Ademais, ressalta-se que “ *os agravantes foram absolvidos da acusação de tráfico em primeiro grau, sendo condenados, em votação majoritária, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que proveu recurso ministerial. Além de condenarem os apelados, os Desembargadores que formaram a corrente vencedora afastaram a redutora do chamado tráfico privilegiado com base em ilações, em afirmações lançadas sem qualquer lastro constante dos autos. Inicialmente, o voto condutor no apelo reconheceu serem os agravantes primários e sem antecedentes criminais. Depois, foi afastada a minorante com base na quantidade de droga encontrada (968,6g de maconha). Em suma, mera suposição sem qualquer suporte probatório* ” (eDOC 14, p. 3; grifos originais).

Ao final, a parte agravante pede a **reconsideração** do *decisum* ora impugnado ou o **provimento** deste recurso para que seja **concedida a ordem**, “ *aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 aos agravantes* ” (eDOC 14, p. 7; grifos originais).

Iniciou-se o **juízo de julgamento virtual perante a Segunda Turma na Sessão de 16 a 26.4.2021**. O ilustre relator **votou** no sentido de **negar provimento** ao presente agravo regimental.

**Peço vênia ao eminente relator para dar provimento ao presente agravo regimental da defesa** , sobretudo diante de posicionamentos, sobre a matéria, externados em casos anteriores **desta Segunda Turma** .

Assevero, inicialmente, que a previsão da redução de pena contida no § 4º do artigo 33 tem como fundamento distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família. Assim, 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.

Conforme assentado na doutrina: “ *A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena* ” (QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus. *Comentários à Lei de Drogas* . 2016. p. 50).

Assim, a **quantidade e natureza da droga** são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, **por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa** , devendo o juízo condenatório obter outros elementos hábeis a embasar tal afirmativa. Nesse sentido, assentou a **Segunda Turma** deste Supremo Tribunal:

“ *HABEAS CORPUS* . PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA (132,85 KG). DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE ABSOLVIDA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONTRADIÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE. I – A grande quantidade de entorpecente, apesar de não ter sido o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi, isoladamente, utilizado como elemento

para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante. II – **A quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa. Ausência de 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.** Precedentes. III - É patente a contradição entre os fundamentos expendidos para absolver a paciente da acusação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006 e aqueles utilizados para negar-lhe o direito à minorante constante do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal. Precedentes. IV - Recurso ordinário ao qual se dá provimento, em parte, para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo a quo, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal”. (RHC 138.715, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 09.06.2017)

Menciono, ainda, **mais recentemente** : HC 190.492 AgR/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 09.10.2020; HC 186.909 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 18.9.2020; HC 185.287 AgR/MS, por mim relatado, Segunda Turma, DJe 1º.9.2020; HCs 191.876 AgR/SP, 193.498 AgR/SP e 195.319 AgR/SP, dos quais fui redator para acórdão, Segunda Turma, DJe 30.11.2020, 19.2.2021 e 5.3.2021, respectivamente; dentre outros.

Além disso, nos termos assentados na doutrina: “ (...) *militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, nesse caso, é do Ministério Público (...)* ” (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas anotada* . 2009. p. 109).

**No caso** , saliente-se, de imediato, a **absolvição dos agravantes** conforme o contido na **sentença** (eDOC 1, p. 170-179), da qual destaco:

“É a síntese dos motivos pelos quais vou absolver os réus:  
(i) Embora sejam apontados como traficantes sofisticados, nada de dinheiro foi apreendido nos três locais abordados;

(ii) Não foi apreendido nenhum petrecho para a traficância (caderno de anotações, material para embalagem);

(iii) A droga não estava embalada para consumo. Não estava em porções. Pelo contrário, estava em formato bruto;

(iv) A única espécie de droga apreendida foi maconha;

(v) Nenhum usuário foi identificado;

(vi) Nenhum dos três locais abordados é identificado pela Polícia como centro de distribuição de entorpecentes;

(vii) Nenhuma testemunha (ex. vizinho) de nenhum dos três locais foi ouvida, ainda que anonimamente, para apontar a traficância por parte dos réus;

(viii) Os réus, que foram abordados na rua, se mantiveram calmos, não esboçaram reação e, espontaneamente, indicaram outros locais, inclusive a casa da avó e da namorada, em que seria encontrada mais droga. Nesses locais, também somente houve a apreensão de maconha, e não de dinheiro, contabilidade ou de outros petrechos para a traficância;

(ix) Os réus são primários, portadores de bons antecedentes e possuem ocupação lícita, ainda que informal. O réu Felipe somente respondeu a um processo, justamente por uso de drogas.

(x) A aparência diferenciada da droga foi explicada pelos réus e não infirmada pela acusação. Merece destaque que essa versão de que a droga havia sido lavada já foi apresentada por Felipe desde o momento em que foi ouvido na DEPOL, de modo que a acusação poderia ter solicitado a emissão de parecer técnico por um especialista para esclarecer se aquela aparência era mesmo justificada pelo contato com a água. A rigor, o próprio Felipe sugeriu que a Polícia fizesse isso (5' 36s de seu interrogatório policial – p. 39);

(xi) Os policiais relataram que os réus possuem cultura 'meio hippie', o que foi confirmado pelo juízo, sem sombra de dúvidas. Em juízo, ficou claro que os dois são contumazes no uso de maconha;

(xii) Existisse mesmo esse poderoso esquema de plantio, processamento e distribuição, certamente os réus, ambos com mais de 26 anos de idade, seriam conhecidos pela Polícia, que poderia, perfeitamente, ter aprofundado as investigações para identificar usuários e outros participantes do esquema, dificilmente idealizado e executado por dois jovens primários;

(xiii) O cultivo de drogas é também premissa ao crime de uso, e não apenas ao crime de tráfico, de modo que, por si só, não autoriza a conclusão de que os réus são traficantes;

(xiv) Os próprios policiais disseram “ **que não sabe se eles tinham lucro, pois nada de significativo foi apreendido e que 'Felipe tinha noção da droga que foi apreendida com ele, porque ele disse que os produtos para a preparação dos bolos valia mais do que a maconha** ”; Que tipo de traficante seria esse, sem dinheiro, sem clientes, sem

contabilidade, sem petrechos, sem dividir, em porções individuais, uma droga que vale menos que massa para a preparação de bolo?

(xv) Em Corumbá, local apontado como possível centro de distribuição, nada de dinheiro e nenhum petrecho foi encontrado. Como a droga, que estava em estado bruto, seria dividida, embalada e comercializada? A acusação não conseguiu provar. Se a comercialização é o meio de vida dos dois, como nenhuma anotação foi encontrada? Como seria feito o controle da compra e venda?

(xvi) Os réus apontaram o local em que haviam adquirido o entorpecente, o que também não foi infirmado pela acusação;

(xvii) Os precedentes invocados pela acusação não se aplicam ao caso em questão." (eDOC 2, p. 174-176)

Todavia, a respeito da **não aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006**, que foi mantida em sede de **embargos infringentes rejeitados** (eDOC 2, p. 9-19), bem como no **STJ** (eDOC 3, p. 58-63), transcrevo do **acórdão proferido pelo TJ/SC** (eDOC 1, p. 246-263), o qual, **por maioria**, deu provimento ao recurso da acusação " a fim condenar Felipe Hélio dos Santos e César Augusto Padilha à pena de 5 anos e 10 meses e reclusão e 583 dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, pela prática do previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 " (eDOC 1, p. 246):

"(...)

**Não incide na espécie a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas .**

Conforme descrito na norma citada, o redutor só se mostra aplicável quando o acusado preenche cumulativamente as seguintes exigências: a) primariedade; b) bons antecedentes; e c) não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

(...)

Na hipótese, **embora os Apelados Felipe Hélio dos Santos e César Augusto Padilha sejam primários e não ostentem antecedentes criminais desabonadores, o conjunto probatório evidencia que faziam do tráfico de drogas uma prática regular .**

Isso porque é evidente que eles processavam e procediam a secagem da droga, para posterior revenda, diante de todo apetrecho apreendido.

Não bastasse isso, o termo de apreensão das fls. 26-29 e o laudo pericial das fls. 71-72 certificaram a apreensão total de **968,6 gramas de maconha .**

**A quantidade de droga apreendida na operação policial certifica o comprometimento do Apelados com o crime e evidencia suas**

**dedicações à atividade criminosa**, pois, fossem inexperientes no ramo mercantil, dificilmente guardariam tamanha quantidade de entorpecentes (cf. STJ, HC 363.995, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22.9.16; e AgRg no HC 357.165, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 1º. 9.16).

Outrossim, a quantidade de drogas confiscadas faria com que os Apelados atingissem um grande número de usuários, intensificando, ainda mais, a perniciosidade da prática ilícita.

(...)

Importa consignar que a dedicação às atividades criminosas não precisa ser exclusiva, de tempo integral e de máxima participação. Pode ser concorrente com atividades lícitas, parcial e mínima.

Ao editar o dispositivo previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, buscou o Legislador privilegiar apenas os traficantes de primeira viagem ou de baixa periculosidade (TJSC, Ap. Crim. 2013.023304-9, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 8.8.13), não sendo viável conferir igual tratamento àqueles que fazem do crime seu meio de vida.

Recorde-se que o fato de os Apelados serem surpreendidos na prática de um delito pela primeira vez não significa que eles não vinham anteriormente se dedicando a condutas ilícitas.

Exatamente por isso é que o Legislador construiu mais um obstáculo à concessão da benesse (não dedicação a atividades criminosas), de modo que a aplicação do redutor não pode ensejar uma verdadeira banalização da minorante, beneficiando aqueles que fazem do tráfico seu meio de vida. A causa especial de diminuição de pena deve ser reservada ao pequeno traficante, caracterizado como aquele surpreendido circunstancialmente comercializando pequena quantidade de narcóticos de forma pioneira e eventual.

(...)

Portanto, não faz jus a essa benesse o agente que se pôs a executar atividade ilícita constante, com estado de espírito favorável à reiteração. Enfim, a proibição da aplicação desse redutor alcança aquele que tem orientação habitual para a prática delituosa, inclinação para a transgressão da norma, de modo que não se mostra merecedor da medida menor da pena.

Conjugados os fatores delineados, **os Apelados Felipe Hélio dos Santos e César Augusto Padilha não devem ser beneficiados com a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.** ” (eDOC 1, p. 257-259; grifos nossos)

Tecidas as considerações pertinentes e preenchidas as condições do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, entendo que os **agravantes possuem o direito à redução**, uma vez que se cuida de réus **primários**, têm **bons antecedentes** (afirmado na sentença e nos acórdãos do TJ/SC e do STJ;

eDOC 1, p. 170-179 e 246-263; eDOC 2, p. 9-19; eDOC 3, p. 58-63) e não há qualquer indicação **inequívoca** de envolvimento em atividades ilícitas, além de indevidas presunções.

Ante o exposto, com a vênia do ilustre Relator, **dou provimento ao presente agravo regimental** e, de consequência, **concedo a ordem** para determinar ao juízo de origem que refaça a dosimetria, **com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em fração a ser motivadamente fixada**. Em seguida, determino que o juízo de origem analise, com a devida motivação e em conformidade com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos e o regime inicial adequado à nova pena fixada.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 2014/02178:24