

24/08/2020

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.426 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
AGTE.(S) : BRENDA APARECIDA RIBEIRO DA SILVA  
ADV.(A/S) : FERNANDO JOSE COSTA JANUNCIO  
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE NO CASO. REGIME PRISIONAL FIXADO NOS TERMOS DO ART. 33, § 2º, **b**, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que é inadequado, na via do *habeas corpus*, reexaminar fatos e provas no tocante à dedicação do paciente ao tráfico de drogas quando utilizada como fundamento para afastar a causa de diminuição da pena pelo delito de tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II – A negativa da redutora foi apoiada por elementos concretos constantes dos autos e devidamente expostos no acórdão de segunda instância, os quais, a meu sentir, destoam daqueles que normalmente são verificados quando a traficância é praticada pela primeira vez, sem maiores planejamentos. É dizer, esses elementos, de fato, demonstram a dedicação da paciente 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.

III – Mantida a reprimenda, tal como fixada pelo Magistrado de primeiro grau (5 anos de reclusão), entendo correto e adequado o regime semiaberto estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça (*vide* HC 145.000 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma; HC 147.408 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma; HC 153.641 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma).

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

**HC 186426 AGR / SP**

**ACÓRDÃO**

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 24 de agosto de 2020.

**RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR**

24/08/2020

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.426 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**AGTE.(S)** : **BRENDA APARECIDA RIBEIRO DA SILVA**  
**ADV.(A/S)** : **FERNANDO JOSE COSTA JANUNCIO**  
**AGDO.(A/S)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida nestes autos (doc. eletrônico 11).

A agravante reitera os argumentos expostos na petição inicial, enfatizando que “não se encontra nos autos qualquer prova que indique que [...] se dedicava a associação criminosa ou atividade criminosa. A habitualidade não restou comprovada” (pág. 3 do doc. eletrônico 12).

Requer, ao final, “o provimento do agravo, na forma acima descrita e, ainda, pelas luzes que iluminarão os Julgadores e, por certo, carrearão suas sapiências aos autos, para ao final aplicar a causa especial de diminuição de pena, regime menos rigoroso e substituição por pena alternativa” (pág. 3 do doc. eletrônico 12).

A vista à Procuradoria-Geral da República foi dispensada, nos termos do parágrafo único do art. 52 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

24/08/2020

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.426 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem reexaminados os autos, tenho que a decisão atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria.

Conforme registrei na decisão agravada, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que é inadequado, na via do *habeas corpus*, reexaminar fatos e provas no tocante à dedicação da paciente ao tráfico de drogas quando utilizada como fundamento para afastar a causa de diminuição da pena pelo delito de tráfico, previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Nesse sentido, citei os seguintes precedentes proferidos em casos análogos:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. [...] A dosimetria da pena é questão relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático e probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada. Nesse sentido, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). 4. No caso, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com

**HC 186426 AGR / SP**

apoio em aspectos objetivos da causa. De modo que o acolhimento da pretensão defensiva demandaria o revolvimento de matéria fática, o que não é admitido na via processualmente restrita do *habeas corpus*. 5. Agravo regimental não conhecido” (RHC 165.471 AgR/RS, Rel. Min. Roberto Barroso).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA AFASTAR A REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, E PARA FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. ALEGAÇÃO DE INDEVIDO *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA. 1. A incidência da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é condicionada ao preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (a) primariedade do agente; (b) bons antecedentes; (c) não se dedicar a atividades criminosas; e (d) não integrar organização criminosa. Precedentes. 2. Os elementos colhidos pelas instâncias antecedentes, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, indicaram a dedicação do acusado a atividades criminosas. [...] 4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (HC 169.630 AgR/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

“*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A IMPEDIR A SUBSTITUIÇÃO E A FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

**HC 186426 AGR / SP**

ORDEM DENEGADA. [...] 2. É inviável a utilização do *habeas corpus* para revolver o contexto fático probatório para eventual aplicação da causa de diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. 3. Ordem denegada” (HC 131.761/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia).

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RÉU QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FUNDAMENTADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 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, que são 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. As instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, pela dedicação do recorrente a atividade criminosa, circunstância que não pode contraditada em sede de *habeas corpus*, instrumento que não se presta para o revolvimento do conjunto fático probatório. Precedentes. [...] 5. Recurso ordinário a que se nega provimento” (RHC 129.811/ES, Rel. Min. Teori Zavascki).

No caso, o Superior Tribunal de Justiça considerou os seguintes aspectos para negar a incidência da minorante em questão:

**HC 186426 AGR / SP**

“A agravante foi presa em flagrante porque trazia consigo, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 22 porções de *crack*, razão pela qual foi condenada por tráfico de drogas, nestes termos:

[...] denoto que o conjunto probatório formado nos autos é forte, robusto e induz um juízo de certeza quanto a autoria e materialidade do crime previsto no artigo 33 da lei 11.343/06. Assim, o decreto condenatório é medida que se impõe.

O artigo 33, § 4º da lei 11.343/06 prevê a figura do tráfico privilegiado para o traficante eventual, episódico, que seja primário e de bons antecedentes. Pela análise dos autos, denoto a impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena à hipótese dos autos. E isto porque diante da quantidade de droga apreendida, acondicionada em pequenas porções, o dinheiro apreendido, bem como o fato de se dedicarem a comercialização de entorpecentes, conforme depoimentos prestados pelos policiais, revelam a impossibilidade da aplicação da referida causa de diminuição de pena. Além disso, o acusado Igor é portador de maus antecedentes.

[...]

Passo a dosar a pena, segundo o sistema trifásico previsto no artigo 68 do CP.

Brenda Aparecida Ribeiro da Silva

Do crime previsto no artigo 33 da lei 11.343/06.

Analisadas as diretrizes do artigo 59 do CP e artigo 42 da lei 11.343/06, denoto que não incidem circunstâncias judiciais passíveis de valoração negativa. Diante disso, a pena fica estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa.

Incide a atenuante da menoridade relativa. Não incidem agravantes. Não obstante, deixo de reduzir a pena, face o disposto na súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

**HC 186426 AGR / SP**

Na ausência de outras circunstâncias modificadoras, torno definitiva a pena acima imposta. [...]

Fixo o regime fechado como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07), tendo em vista a natureza do delito tratado, que deve ser julgado com rigor, visto as consequências que têm trazido a toda sociedade. Além disso, os policiais militares afirmaram que os acusados são envolvidos no tráfico de drogas, permanecendo na traficância por um período razoável. Destaco ainda, que a acusada Brenda confirmou que se dedica ao tráfico na companhia do acusado Igor, o que revela a necessidade de rigor na fixação do regime inicial de pena (fls. 310/311).

Ao examinar a reprimenda, o Tribunal *a quo* consignou:

Para Brenda a pena-base foi estabelecida no mínimo, no segundo momento, não obstante a incidência da atenuante da menoridade relativa, a pena foi mantida no mesmo patamar, nos termos do que dispõe a Súmula 231 do STJ, enquanto no terceiro momento, ante a inexistência de causas alteradoras, foi tornada definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão.

Observando os mesmos critérios acima em relação às penas pecuniárias, foram fixadas em 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, para cada um dos apelantes.

E não era mesmo o caso de se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, como se sabe, a *mens legis* ao instituir o referido redutor foi beneficiar o criminoso ocasional, que agiu de modo excepcional, não sendo este o caso de Igor, que ostenta condenação anterior por associação para o tráfico (fls. 275/276), nem de Brenda, pois, embora primária, as circunstâncias da prisão e a quantidade considerável de droga e sua nefasta natureza ('crack') indicam que a apelante não agiu de modo isolado, casual, demonstrando, ao contrário, o envolvimento habitual com



**HC 186426 AGR / SP**

a atividade criminosa, conforme ela mesma admitiu, com minúcias, na delegacia de polícia, não obstante a posterior retratação.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantém-se o fechado para ambos os apelantes, já que a prática criminosa, por eles perpetrada, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório (fl. 394).

Os decisórios proferidos pelas instâncias ordinárias estão em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, apreensão de balança de precisão, ausência de ocupação lícita do agente, etc.) indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que a ora paciente faz jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*. [...]” (págs. 5-7 do doc. eletrônico 8).

Entendi, nesse contexto, que a negativa da referida redutora foi apoiada por elementos concretos constantes dos autos e devidamente expostos no acórdão de segunda instância, os quais, a meu sentir, destoam daqueles que normalmente são verificados quando a traficância é praticada pela primeira vez, sem maiores planejamentos. É dizer, esses elementos, de fato, demonstram a dedicação da paciente 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.

Dissentir dessa decisão, como visto, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é inviável na via de *habeas corpus*.

No que concerne ao regime prisional, anotei que o Superior Tribunal

**HC 186426 AGR / SP**

de Justiça, com base nas decisões proferidas pela instâncias antecedentes, entendeu que, “no caso concreto, foram encontrados com a paciente 4,7g de *crack*, não sendo suficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado”. Daí porque concedeu parcialmente a ordem para fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, do Código Penal” (pág. 80-85 do doc. eletrônico 7).

Com efeito, mantida a reprimenda, tal como fixada pelo Magistrado de primeiro grau (5 anos de reclusão), entendo correto e adequado o regime semiaberto estabelecido no acórdão questionado (*vide* HC 145.000 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma; HC 147.408 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma; HC 153.641 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma).

Isso posto, nego provimento a este agravo regimental.

É como voto.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO HABEAS CORPUS 186.426**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

AGTE.(S) : BRENDA APARECIDA RIBEIRO DA SILVA

ADV.(A/S) : FERNANDO JOSE COSTA JANUNCIO (231033/SP)

AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

Maria Clara Viotti Beck  
Secretária