

24/05/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 200.725 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
AGTE.(S) : LEANDRO CHRIGOR DA SILVA VIANA
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVIABILIDADE. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL chancela o afastamento da causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) quando presentes fatos indicadores da dedicação do agente a atividades criminosas, como, por exemplo, a) a conduta social do acusado, b) o concurso eventual de pessoas, e c) a quantidade de droga (HC 109.168, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 14/2/2012).

2. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal. Inteligência da Súmula 719/STF.

3. Para afastar a conclusão implementada pelas instâncias ordinárias, tal como afirmou o STJ, seria necessário proceder à análise de fatos e provas, providência incompatível com a via do *Habeas Corpus*.

4. Agravo Regimental a que se **nega provimento**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo

HC 200725 AGR / SP

Tribunal Federal, em Sessão Virtual da Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em negar provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator, com ressalvas do Ministro MARCO AURÉLIO.

Brasília, 24 de maio de 2021.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 200.725 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
AGTE.(S) : **LEANDRO CHRIGOR DA SILVA VIANA**
ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGDO.(A/S) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Trata-se de Agravo Regimental interposto em face de decisão que indeferiu a ordem de *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 635.905/SP, submetido à relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006).

Colhe-se da sentença condenatória (Doc. 2, fls. 120-121):

LEANDRO CHRIGOR DA SILVA VIANA, já qualificado nos autos, está sendo processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque no dia 19 de agosto de 2019, às 08h50, na Travessa Itaipava, 10, Brasilândia, nesta capital, guardava consigo, com a finalidade de tráfico, **147 porções de cocaína, pesando 103g, 123 pedras de crack, pesando 47,7g, 72 porções de maconha, pesando 296,7g**, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Ainda, tinha consigo R\$ 131,00 em espécie. Segundo constou, o acusado mantinha em seu poder a droga mencionada. Policiais militares realizavam patrulhamento pelo local, já conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando visualizaram o acusado que, ao notar a presença da polícia, empreendeu fuga, mas foi detido pelos policiais.

HC 200725 AGR / SP

Irresignada, a defesa interpôs recurso de Apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe negou provimento, conforme ementa (Doc. 2, fl. 159):

Apelação da Defesa - Tráfico de Drogas - Dosimetria da pena - Apreensão de 342 porções de maconha, de cocaína e de "crack" em poder do acusado - Circunstância a bem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal - Artigo 42 da Lei Antidrogas - Redução da pena ao patamar mínimo ante a presença das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa - Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 - Redução que deve se voltar às hipóteses em que o acusado não faz da narcotraficância seu meio de vida - Impossibilidade da fixação de regime diverso do fechado e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos - Mercês incompatíveis com delito de singular gravidade, equiparado a hediondo e de elevada gravidade concreta - Recurso de apelação desprovido.

Na sequência, impetrou-se *Habeas Corpus* direcionado ao Superior Tribunal de Justiça, cujo pedido não fora conhecido, em decisão mantida pelo colegiado ao negar provimento ao subsequente Agravo Regimental (Doc. 2, fls. 247-248), nos termos da seguinte ementa:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO ADEQUADO. PRISÃO DOMICILIAR. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

HC 200725 AGR / SP

**CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.
AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível ao relator negar seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, assegurando-se a defesa, no caso, de irresignação a interposição de agravo regimental (Súmula n. 568 do STJ - "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema").

2. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento na quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos - 103g de cocaína, 47,7g de *crack* e 296,7g de maconha -, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. Nos termos 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.

5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nos elementos constantes dos autos, sobretudo na quantidade e diversidade dos entorpecentes e no fato de registrar ato infracional análogos ao tráfico de entorpecentes, que o agravante se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é

HC 200725 AGR / SP

inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

6. 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. Precedentes.

7. Embora o agente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento das sanções impostas, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial, nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

8. Estabelecida a sanção em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento de requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. O tema relativo à concessão de regime domiciliar não foi debatido na Corte de origem, o que impede a sua análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

10. Agravo regimental não provido.

Na petição inicial, a defesa alegou, em suma: **(a)** *não há razão adequada para negar-se a aplicação do redutor do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.363/06, pois se trata de paciente primário, que ostenta bons antecedentes e que não tem envolvimento com atividades/organizações criminosas, já que não há nada nos autos que possa comprovar tal circunstância;* **(b)** *não havendo provas do envolvimento do paciente com atividades ou organizações criminosas, não é lícito ao julgador presumir tal fato apenas em razão da quantidade e variedade de drogas apreendidas;* e **(c)** *independentemente da aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.363/06, fato é que o regime fechado viola o princípio da individualização das penas e o artigo 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal, que, em razão da quantidade de pena aplicada, impõe a fixação do regime semiaberto. Neste caso, há uma circunstância importante a ser relatada: o paciente é pai de criança com deficiência grave, conforme laudo do Instituto Central do Hospital das Clínicas de São Paulo (...). A criança foi diagnosticada*

HC 200725 AGR / SP

com Síndrome de West Secundária e, por isso, determinada a realização de sessões de fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional.

Requeru, assim, a concessão da ordem, para aplicar a referida minorante, assim como fixar regime prisional menos gravoso e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Subsidiariamente, buscou a *fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena e, em seguida, a garantia do cumprimento em regime domiciliar, tendo em vista o disposto no artigo 117, inciso III, da Lei das Execuções Penais.*

Indeferi a ordem.

Neste recurso, a defesa ressalta que, *além de violar o princípio da colegialidade, a r. decisão ora impugnada ignorou os argumentos apresentados pela Defensoria Pública, bem como a jurisprudência deste E. Supremo Tribunal Federal.* Assim, requer seja dado provimento ao Agravo, nos termos do pedido inicial.

É o relatório.

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 200.725 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Afasta-se, por primeiro, a alegação de ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que o art. 21, § 1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL permite ao relator indeferir, monocraticamente, pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal, como ocorre na espécie.

No mais, não há reparo a fazer, pois o agravo interno não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os fundamentos apontados, pelo que se reafirma o seu teor.

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. Nesse sentido, precedentes de ambas as Turmas desta SUPREMA CORTE: HC 143577 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; HC 123.430, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 18/11/2014; HC 101.265, Rel. Min. AYRES BRITTO, Relator p/ acórdão, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 6/8/2012.

O Superior Tribunal de Justiça ratificou a inviabilidade de incidência da causa de diminuição, com arrimo nos seguintes fundamentos:

In casu, o Tribunal *a quo* afastou a minorante por entender que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas, pois, **além da quantidade e diversidade dos entorpecentes - 147 porções de cocaína (103g), 123 pedras de crack (47,7g) e 72 porções de maconha (296,7g) -, há registro da prática de infracional análogo ao tráfico de entorpecentes na adolescência.**

HC 200725 AGR / SP

Assim, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que o paciente é habitual na prática delitiva, 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* (HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Vale lembrar que esta tem Corte decidido que o envolvimento do paciente quando menor em atos infracionais, sobretudo quando relacionados ao crime de tráfico de entorpecentes, podem justificar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto demonstra a dedicação do agente a práticas criminosas.

Infere-se do exame realizado pelas instâncias ordinárias, soberanas na apreciação de conteúdo fático-probatório, que os elementos colhidos sob o crivo do contraditório indicaram a propensão do agente a atividades criminosas.

Essa conclusão tem amparo na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que chancela o afastamento da causa de diminuição quando presentes fatos indicadores da dedicação do agente a atividades criminosas, como, por exemplo, a) a conduta social do agente, b) o concurso eventual de pessoas, e c) a quantidade de droga. Confirmam-se, a propósito: RHC 150.179-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 27/8/2018; RHC 153.194-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 10/5/2018; HC 133.157, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 24/10/2017; HC 107.581, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 12/9/2012; HC 109.168, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 14/2/2012.

Da mesma forma, já decidiu esta CORTE que “Não configura constrangimento ilegal a decisão de Tribunal local que, para o fim de avaliação de incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º,

HC 200725 AGR / SP

Lei 11.343/06, reconhece que o acusado, embora sem condenação criminal, dedica-se a atividades delituosas” (RHC 130.739 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 19/12/2016).

Além disso, para afastar a conclusão implementada pelas instâncias antecedentes seria necessário proceder à análise de fatos e provas, providência incompatível com a via do *Habeas Corpus*. A propósito: HC 153.641-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 23/4/2018; HC 143.577-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; HC 131.761, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 29/2/2016; HC 121.453, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 11/9/2014; HC 119.053, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 23/4/2014; HC 133.982, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/2/2017, este último assim ementado:

(...)

III - A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é inadequado, na via do *habeas corpus*, reexaminar fatos e provas no tocante à participação do paciente em organização criminosa ou à valoração da quantidade da droga apreendida, quando utilizados como fundamento para afastar ou dosar, aquém do patamar máximo, a causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

IV - Ordem denegada.

Adiante, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da sanção corporal aplicada, devendo-se considerar as especiais circunstâncias do caso concreto. Assim, desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal. Esse entendimento se amolda à jurisprudência cristalizada na Súmula 719 (“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena

HC 200725 AGR / SP

aplicada permitir exige motivação idônea”) e replicada em diversos julgados: HC 143.577-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; RHC 134.494-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 9/5/2017; RHC 128.827, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/3/2017; RHC 122.620 Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/8/2014; HC 118.733, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17/12/2013.

A respeito da matéria, o Superior Tribunal de Justiça pontuou que *o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade e diversidade dos entorpecentes), nos termos dos art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

As particularidades do caso concreto declinadas constituem fundamentação idônea para a imposição de regime mais severo – fechado –, que se mostra adequado e necessário para a repressão e prevenção do crime. Conforme já assentou esta CORTE, “é possível que o juiz fixe o regime inicial [mais gravoso] e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido” (ARE 967.003-AgR/SP, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 9/8/2016). No mesmo sentido: HC 143.577-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; e HC 140.511-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19/5/2017.

Ainda, não cabe a esta SUPREMA CORTE, em *Habeas Corpus*, proceder à revisão dos critérios de índole subjetiva invocados pelas instâncias antecedentes para a determinação do regime prisional inicial. Precedentes: HC 145.000-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 17/4/2018; HC 125.589-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 26/6/2015; HC 122.235, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 10/6/2014; RHC 122.620, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 25/6/2014; RHC 137.395-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 13/6/2017, este

HC 200725 AGR / SP

assim ementado:

(...) A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 06/02/2013, HC 131.761, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 29/02/2016 e HC 131.887, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/03/2016 . (...)

Inalterada a pena, pois mantido o não reconhecimento do denominado tráfico privilegiado, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo estabelecido no Código Penal (art. 44).

Por fim, as demais alegações formuladas na presente ação não foram examinadas pela instância *a quo*, de modo que é inviável a esta SUPREMA CORTE conhecer delas originariamente, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências (HC 132.864-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 18/3/2016; HC 136.452-ED, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 10/2/2017; HC 135.021-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 6/2/2017; HC 135.949, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 24/10/2016).

Em conclusão, não há flagrante constrangimento ilegal a ser sanado.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo Regimental.

É o voto.

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 200.725 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
AGTE.(S) : **LEANDRO CHRIGOR DA SILVA VIANA**
ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGDO.(A/S) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acompanho o Relator, com a ressalva do entendimento no sentido da adequação do *habeas corpus*, ainda que direcione ao exame de fatos e prova.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 200.725

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S) : LEANDRO CHRIGOR DA SILVA VIANA

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, com ressalvas do Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 14.5.2021 a 21.5.2021.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida
Secretário da Primeira Turma