

04/11/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 206.930 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
AGTE.(S) : WILLIAM RICARDO DE SOUZA
ADV.(A/S) : LUCIANO WILLIAMS CREDENDIO TAMANINI
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE NÃO IDENTIFICADAS.

1. Inadmissível o emprego do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, à minguada de previsão, no Código Penal, de rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.

3. A jurisprudência desta Corte entende que a invocação da natureza e da quantidade da droga, como fundamento da exasperação da pena-base, configura vetor suficiente a justificar a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, tendo em conta o disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

4. Exasperação da pena-base devidamente fundamentada em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional ao ponto de justificar, na via estreita do *habeas corpus*, a intervenção desta Suprema Corte.

HC 206930 AGR / SP

5. Para concluir em sentido diverso das instâncias anteriores quanto à exasperação da pena-base e incidência da atenuante da confissão espontânea, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita.

6. A tese defensiva de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, afastada pelas instâncias anteriores dada a constatação de o acusado integrar organização criminosa e/ou dedicar-se à atividade delitativa, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é inviável na via do *habeas corpus*. Precedentes.

7. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 42 da Lei de Drogas e artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes.

8. Inalterada a dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias anteriores em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. Agravo regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer do agravo e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora e por unanimidade de votos, em sessão virtual da Primeira Turma de 22 de outubro a 3 de novembro de 2021, na conformidade da ata do julgamento.

Brasília, 3 de novembro de 2021.

Ministra Rosa Weber
Relatora

04/11/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 206.930 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
AGTE.(S) : WILLIAM RICARDO DE SOUZA
ADV.(A/S) : LUCIANO WILLIAMS CREDENDIO TAMANINI
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de agravo regimental da decisão em que neguei seguimento ao *writ* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Rogerio Schietti Cruz, que negou provimento ao agravo regimental no HC 662.860/SP (*evento 4*).

Na presente via, o Agravante reitera a tese de exasperação indevida da pena-base. Repisa a possibilidade de aplicação da atenuante da confissão espontânea e da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Argumenta desnecessário o revolvimento do acervo fático-probatório. Requer o provimento do recurso, para concessão da ordem de *habeas corpus* (*evento 9*).

É o relatório.

04/11/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 206.930 SÃO PAULO

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): O presente agravo regimental objetiva rever decisão em que neguei seguimento ao *writ*. Trago à colação a ementa do ato impugnado:

“Habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação penal com trânsito em julgado. Não se conhece, em regra, de *habeas corpus* empregado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Dosimetria. Minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Dedicção a atividades criminosas. Reexame do acervo fático-probatório. Inviabilidade. Pena-base. Exasperação. Natureza e quantidade de droga apreendida. Possibilidade. Fundamentação concreta. Reconhecimento de atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. Reexame do acervo fático-probatório. Regime prisional. Substituição por pena restritiva de direitos. Manifesta ilegalidade ou teratologia não identificadas. Negativa de seguimento.”

Nada colhe o agravo.

Neguei seguimento ao *writ* forte na jurisprudência desta Corte no sentido da inviabilidade, como regra, de utilização do *writ* como sucedâneo recursal ou revisão criminal (RHC 123.813/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 21.11.2014; HC 121.255/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 01.8.2014), com ressalva, nesta última hipótese, de serem os fatos incontroversos (HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 06.3.2018).

Enfatizo que as matérias arguidas neste *habeas corpus* são resultantes de condenação penal já **transitada em julgado**. Ou seja, tais questões puderam ser debatidas de modo exaustivo nas instâncias ordinárias (em primeiro grau de jurisdição e, posteriormente, em sede de apelação,

HC 206930 AGR / SP

perante a Corte Regional Federal) e no Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de recurso especial.

Repiso que a garantia da coisa julgada constitui direito fundamental de estatura constitucional (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal) que somente pode ser relativizada nas **hipóteses taxativas** previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14 edição, rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1236), pela **via processual adequada**.

Friso, ainda, que a competência absoluta para o processamento e julgamento de eventual revisão criminal, na hipótese, não recairia sobre o Supremo Tribunal Federal (artigo 624, inciso II, do Código de Processo Penal), de modo que o conhecimento da matéria de fundo pela via substitutiva do *habeas corpus* implicaria inevitável supressão de instância.

Além disso, o escólio da doutrina aponta que o manejo da revisão criminal com o objetivo de **modificar a pena transitada em julgado** também é medida excepcional, sendo inapropriada a via *simplesmente para alterar o “quantum” da pena, porque a considerou exagerada, segundo entendimento particular e subjetivo, sendo tal providência de todo irregular* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1287).

De qualquer maneira, com esteio na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, ressaltei a inexistência de constrangimento ilegal ou teratologia hábil à concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

Reafirmo que esta Suprema Corte possui firme orientação no sentido de que a *dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, à míngua de previsão, no Código Penal, de rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena* (RHC 140.006-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 15.12.2017). Com idêntica orientação: HC 146.977 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 9.4.2018 e RHC 152.036 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 12.4.2018.

No caso vertente, o Superior Tribunal de Justiça manteve, na

HC 206930 AGR / SP

primeira fase da dosimetria da pena, a valoração negativa das circunstâncias do crime, forte na *'desfavorabilidade da natureza e da quantidade de drogas apreendidas'*, no caso, *'468 porções individuais de cocaína, 14 porções de maconha, 4 tijolos de maconha, 01 tijolo de crack e 01 tijolo de cocaína além de apetrechos para preparação das drogas'*, destacando que *'deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente, sobretudo porque não houve desproporcionalidade no aumento procedido na primeira fase da dosimetria, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 5 a 15 anos de reclusão, em razão das peculiaridades do caso concreto.'*

Nesse contexto, reitero irrepreensível o cálculo dosimétrico, pois a jurisprudência desta Corte entende que **a invocação da natureza e da quantidade da droga**, como fundamento da exasperação da pena-base, **configura vetor suficiente** a justificar a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, tendo em conta o disposto no art. 42 da Lei de Tóxicos (que prevê, na fixação das penas de tráfico, preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente).

Nesse sentido, *"A quantidade de droga mostra-se passível de ser valorada negativamente na primeira fase da dosimetria, viabilizada a fixação da pena-base acima do mínimo previsto para o tipo artigo 42 da Lei nº 11.343/2006"* (HC 180.596, Rel. Min. Marco Aurélio); *"Na condenação por crime de tráfico de entorpecente, a quantidade da droga posta à venda justifica majoração da pena-base"* (HC 11.724, Rel. Min. César Peluso); *"A natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal"* (RHC 181.632 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso); *"Não há ilegalidade na decisão que fundamenta o acréscimo da pena-base na quantidade e natureza da substância apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06"* (HC 171.539, Rel. Min. Edson Fachin); *"O próprio artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena base em razão da elevada quantidade de droga"* (RHC 117.489, de minha relatoria); *"Revela-se idônea a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade da droga apreendida"* (HC 128.153, Rel. Min. Teori Zavascki).

HC 206930 AGR / SP

Ademais, presente o intervalo de 10 anos entre as penas mínima (05 anos) e máxima (15 anos) cominadas ao delito do artigo 33 da Lei de Drogas, não se mostra teratológica ou desproporcional a manutenção da pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses, ou seja, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses acima da pena mínima cominada ao delito.

Portanto, reassento que o ato dito coator está parametrizado com a jurisprudência desta Suprema Corte, uma vez devidamente fundamentada, a exasperação da pena-base, em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional ao ponto de justificar, na via estreita do *habeas corpus*, a intervenção desta Suprema Corte.

De outro lado, não prospera a tese de incidência da confissão espontânea em relação ao delito do art. 33 da Lei 11.343/2006. Com efeito, ao assinalar o não cabimento da atenuante em causa, o ato dito coator ressaltou que:

“No caso, verifico que as instâncias ordinárias, em nenhum momento, fizeram menção às declarações prestadas pelo réu para concluir pela sua condenação no tocante ao crime de tráfico de drogas. Ao contrário, consignou que a confissão do paciente foi parcial e “não foi considerada como elemento de convicção nesta sentença, porquanto, para a prova da autoria, foram considerados, apenas e tão-somente, as apreensões realizadas, os relatos dos policiais militares e as circunstâncias da prisão” (fl. 57).

Assim, uma vez que os depoimentos pelo réu prestados não foram utilizados para a formação do convencimento do julgador – que, conforme visto, se valeu dos demais elementos fático-probatórios colacionados aos autos para concluir pela sua condenação –, não há como se lhe reconhecer a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.” (grifei)

Nesse diapasão, para concluir em sentido diverso das instâncias anteriores quanto à exasperação da pena-base e incidência da atenuante da confissão espontânea, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Com efeito, esta

HC 206930 AGR / SP

Suprema Corte já assentou que *“A ação de habeas corpus – de caráter sumaríssimo – constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise aprofundada da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos indiciários e/ou coligidos no procedimento penal”*(HC 92.887/GO, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 19.12.2012).

Relativamente à aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, cabe às instâncias anteriores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o *habeas corpus* para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade.

Nesse espectro, *“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 – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.”* (HC 131.795/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 17.5.2016).

O magistrado de primeiro grau, ao fundamentar a dosimetria da pena do paciente na sentença condenatória, consignou que *‘pelo fato de o acusado se dedicar às atividades criminosas, na medida em que foi ele encontrado de posse de grande quantidade de entorpecentes e petrechos relacionados com o preparo das substâncias ilícitas, indicativo de grande movimentação no transporte, preparação, venda e distribuição de drogas, (...) é possível a conclusão de que o acusado fazia do crime um meio de vida, não se tratando, portanto, de mero traficante ocasional, caso em que tal causa de redução de pena não tem cabimento.’*

O Superior Tribunal de Justiça, ao ratificar a dosimetria das instâncias anteriores, manteve o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto *‘entender de modo diverso e afastar a conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução*

HC 206930 AGR / SP

criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.'

Nessa linha, reafirmo que esta Suprema Corte já assentou que *A tese defensiva de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, afastada pelas instâncias anteriores dada a constatação de o paciente integrar organização criminosa e/ou dedicar-se à atividades delitivas, demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita* (RHC 140.006-AgR/MS, de minha relatoria). Ainda, *não cabe o revolvimento de fatos e provas em "habeas corpus" se as instâncias ordinárias assentaram, justificadamente, que o réu se dedicava à atividade criminosa, para negar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006* (RHC 142.830/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski) e *A invocação pelas instâncias ordinárias de que o paciente se dedicava à atividade criminosa obsta, de fato, a aplicação da benesse do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sendo certo que afastar essa premissa demandaria o reexame dos fatos e das provas, o qual o habeas corpus não comporta* (HC 141.292/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 23.5.2017).

Assim, permanecendo inalterada a dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias anteriores em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Em relação ao regime prisional, remarco que no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, em sessão realizada em 27.6.2012, o Plenário desta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados.

O julgado não reconheceu direito automático a esse benefício, impondo-se sua apreciação pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais do art. 33 do Código Penal. Agregue-se o fato de que o benefício não está condicionado ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 42 da Lei de Drogas e artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

Na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça asseverou que, 'a

HC 206930 AGR / SP

instância ordinária, ao justificar a necessidade de imposição do regime inicial fechado mencionou a gravidade do delito em questão, o que se verifica em especial pela quantidade de drogas apreendidas. Assim, não obstante o acusado haja sido definitivamente condenado a reprimenda igual a 8 anos de reclusão, certo é que a instância de origem apontou elementos concretos dos autos que justificam a imposição de regime inicial mais gravoso do que o permitido em razão da sanção imposta. ‘

Nessas condições, tal como pontuado no ato hostilizado, as decisões exaradas pelas instâncias anteriores encontram respaldo na jurisprudência desta Casa no sentido de que “O Supremo Tribunal já assentou entendimento quanto à possibilidade de o juiz fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido (RHC nº 125.077/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 4/3/15)” (RHC 132.328/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 30.5.2016); e “A teor das normas de regência, além da quantidade de pena, a fixação do regime inicial deve observar as circunstâncias sopesadas no desenrolar da dosimetria da pena, notadamente, na hipótese de tráfico de drogas, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos” (HC 140.720/AM, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe 02.6.2017).

Ante o exposto, o agravo em questão não trouxe elementos aptos a modificar o entendimento exarado na decisão monocrática agravada.

Nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 206.930

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S) : WILLIAM RICARDO DE SOUZA

ADV.(A/S) : LUCIANO WILLIANS CREDENDIO TAMANINI (240632/SP)

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

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. Primeira Turma, Sessão Virtual de 22.10.2021 a 3.11.2021.

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

Luiz Gustavo Silva Almeida
Secretário da Primeira Turma