

04/11/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 207.071 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. ALEXANDRE DE MORAES  
**AGTE.(S)** : LUCAN DANTAS VERAS SANTANNA  
**ADV.(A/S)** : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES  
**AGDO.(A/S)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *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. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA.

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 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 Tribunal Federal, em Sessão Virtual da Primeira Turma, sob a Presidência

**HC 207071 AGR / SP**

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.

Brasília, 4 de novembro de 2021.

**Ministro ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*

04/11/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 207.071 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES  
AGTE.(S) : LUCAN DANTAS VERAS SANTANNA  
ADV.(A/S) : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES  
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 Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental no Habeas Corpus 693.883/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA).

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, *para afastar a incidência do redutor [art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006], condenando LUCAN DANTAS VERAS SANT'ANNA às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, por incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Eis a ementa do acórdão:*

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas privilegiado. Sentença condenatória. Apelas as partes. O Ministério Público requer o afastamento do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Por sua vez, a Defesa, busca o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; a aplicação do redutor no patamar máximo; a fixação do regime inicial aberto e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

**HC 207071 AGR / SP**

direitos. Razão apenas ao recurso ministerial. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Apelante preso em flagrante quando trazia consigo, tinha em depósito e guardava **221,80 g de maconha e 82,14 g de cocaína**. Finalidade de mercancia caracterizada. Conjunto probatório robusto para o delito imputado ao réu na denúncia. Réu confesso. Condenação de rigor. Dosimetria comporta reparo. Basilar no mínimo legal. Atenuante da confissão reconhecida, porém sem alteração na pena, em respeito à Súmula nº 231 do C. STJ. Ausentes requisitos necessários para a incidência do redutor. Embora o acusado seja primário, não há dúvidas de que se dedicava à atividade criminosa de forma regular. Regime fechado bem fundamentado em fatos concretos. Impossibilidade de substituição por restritiva de direitos. Sentença reformada. Recurso ministerial provido e recurso defensivo improvido.

Na sequência, impetrou-se *Habeas Corpus* direcionado ao Superior Tribunal de Justiça, não conhecido pelo Ministro relator. Essa decisão foi confirmada pela Quinta Turma no julgamento do subsequente Agravo Regimental, conforme ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME INICIAL INTERMEDIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

**HC 207071 AGR / SP**

1. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

2. No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, tendo em vista as circunstâncias do delito. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

3. Quanto ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. No presente caso, não há se falar em ilegalidade da fixação do regime inicial fechado, uma vez que a pena é superior a 4 anos e houve fundamentação concreta para a escolha do regime - quantidade de drogas. Cabe ressaltar que esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie do entorpecente apreendido podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso. Precedentes.

5. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que a pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

6. Agravo regimental não provido.

Na petição inicial, o impetrante alegou, em suma: (a) estão presentes os pressupostos para aplicação da causa de redução de pena prevista no

**HC 207071 AGR / SP**

art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006; e (b) carece de fundamentação idônea a imposição do regime prisional fechado.

Requeru, assim, a concessão da ordem, aplicar referida minorante, assim como fixar regime prisional menos gravoso.

**Indeferi** a ordem.

Neste recurso, a defesa reforça os argumentos anteriormente expendidos. Requer, ao final, o provimento do Agravo Regimental, concedendo-se a ordem, nos termos do pedido inicial.

É o relatório.

04/11/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 207.071 SÃO PAULO

VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):**

Não há reparos a fazer, pois as razões ora expendidas não se mostram aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, 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:

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso dos autos, segue o que foi consignado pelo Tribunal local para não aplicar a causa especial de diminuição da pena para a acusado (e-STJ fls. 64/65):

*Razão apenas ao pedido ministerial.*

*Isso porque não estão presentes as condições para a*

**HC 207071 AGR / SP**

*concessão do benefício.*

*Sabe-se que para que o Magistrado deixe de aplicar a minorante, é necessário que demonstre que existem nos autos provas que possam afastar ao menos um dos seguintes critérios, que são cumulativos: primariedade; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração à organização criminosa.*

*In casu, o Juízo monocrático ateve-se somente a três requisitos. Senão vejamos.*

*Apesar de o acusado ser primário e não haver notícias de que integre organização criminosa, o fato é que se dedicava a atividades criminosas, tendo como “profissão” a venda de entorpecentes.*

*De início, destaco que o réu não comprovou ocupação lícita. Inclusive, durante seu interrogatório, admitiu que estava passando por problemas financeiros, assim, resolveu vender drogas para obter dinheiro.*

*Além disso, a enorme variedade e diversidade de entorpecentes encontrados com o acusado denotam que ele fazia do comércio espúrio modo habitual de auferir renda, tendo como profissão a venda de entorpecentes. Inclusive, foi apreendido grande valor em espécie (R\$ 529,00 - quinhentos e vinte e nove reais) e 01 (um) rádio transmissor, indicando que, realmente, desempenhava a traficância de modo perene.*

*Portanto, resta evidente nos autos que LUCAN mantinha sua vida com o dinheiro arrecadado com a mercancia das drogas.*

*Diante da incompatibilidade dos requisitos para a aplicação do redutor com as circunstâncias acima expostas, impossível sua incidência, já que a benesse, realmente, não deve ser aplicada de modo desmedido, prestigiando quem efetivamente mereça a redução da pena.*

Da leitura dos trechos supracitados, extrai-se que o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se



**HC 207071 AGR / SP**

dedicava ao tráfico de forma habitual, tendo em vista as circunstâncias do delito - variedade e quantidade das drogas, já embaladas para a venda; radiotransmissor na posse do acusado e dinheiro em espécie. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Dessa forma, não há constrangimento ilegal quanto à não aplicação da redutora.

Inferre-se do exame das instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conteúdo probatório, que os elementos colhidos sob o crivo do contraditório indicaram que a hipótese não retrata quadro de traficância eventual ou de menor gravidade, circunstâncias para quais a minorante em questão deve incidir. Além da diversidade das drogas (211g de maconha e 82,14g de crack), o Tribunal local consignou a apreensão de um radiotransmissor em poder do paciente, *indicando que, realmente, desempenhava a traficância de modo perene*.

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, Lei 11.343/06, reconhece que o acusado, embora sem condenação

**HC 207071 AGR / SP**

criminal, dedica-se a atividades delituosas” (RHC 130.739 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 19/12/2016).

Por outro lado, para afastar a conclusão implementada pelas instâncias antecedentes, tal como afirmou o STJ, 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 aplicada permitir exige motivação idônea*) e replicada em diversos julgados: HC 143.577-AgR,

**HC 207071 AGR / SP**

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.

O acórdão impugnado chancelou o regime inicial fechado nos termos seguintes:

No caso, o Tribunal a quo manteve o regime prisional fechado com base na seguinte motivação (e-STJ fls. 65/66):

*Ao Magistrado compete fixar o regime inicial de cumprimento da pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais.*

*No caso, a conduta do réu, além de possuir elevado e negativo impacto social, revestiu-se de enorme gravidade, decorrente da nocividade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, bem como das peculiaridades da abordagem, exigindo tratamento mais rigoroso e severo, devendo ser submetido ao regime de segregação total até que, paulatinamente, possa ser reinserido no corpo social.*

*Nesse sentido, o regime fechado é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, inculcando no réu a terapêutica prisional.*

*Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal e nem tampouco à Súmula 440 do STJ, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.*

Da leitura dos autos, verifica-se que a quantidade de droga apreendida – 211 g de maconha e 82,14 g de crack – foi o fundamento utilizado para a fixação do regime inicial mais gravoso.

Cabe ressaltar que esta Corte tem decidido que, em se

**HC 207071 AGR / SP**

tratando do delito previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie do entorpecente apreendido podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.

Nesse sentido:

[...]

Assim, havendo justificativa idônea, é cabível a fixação de regime inicial fechado para o cumprimento da pena de 5 anos de reclusão.

Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão do quantum da pena.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

As particularidades do caso concreto – acima 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.

Além disso, 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.

Por fim, 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 207071 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 . (...)

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo Regimental.  
É o voto.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO HABEAS CORPUS 207.071**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

AGTE.(S) : LUCAN DANTAS VERAS SANTANNA

ADV.(A/S) : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES (331639/SP)

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

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 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