



COLETÂNEA SEMESTRAL



HABEAS CORPUS

SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO

JULGAMENTOS - 01/01/2022.30/06/2022

MIN. EDSON FACHIN

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



Mais informações: csl-edu.com.br

MIN.
EDSON
FACHIN

S
T
F

FEVEREIRO

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA



HABEAS CORPUS 191.861 PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : FRANCISCO LEANDRO SOBRINHO
IMPTE.(S) : JOAO ROMERIO BATISTA DE ARAUJO SILVA
ADV.(A/S) : NIKOLLE ARAUJO LEANDRO
COATOR(A/S)(ES) : PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Petição 29203/2021 – STF.

Trata-se de petição apresentada após acórdão exarado pela 2ª Turma que negou provimento ao Agravo Regimental (eDOC.15), na qual aduz o impetrante que está a interpor “recurso ordinário”, a fim de que “seja sanada a ilegalidade de não cabimento do Habeas Corpus originário para o Tribunal Pleno, visto que esse entendimento vai contra o que preceitua a nossa Constituição no artigo 5º, inc. LXVIII e artigo 102, I ‘i. Onde é direito fundamental constitucional, digo mais, cláusula pétrea.”

Pugna, outrossim, “seja acolhida a Questão de Ordem Pública quanto a prescrição retroativa, DECRETANDO a extinção da punibilidade do paciente nos autos do referido processo, como medida de justiça, ante ao decurso do prazo de mais de 8 (oito) anos contados entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, como garantido no artigo 110, §1º e §2º do Código Penal, antes da vigência da Lei nº 12.234/2010, extinguindo-se a punibilidade por prescrição retroativa, vez que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI da CF/88), bem como diante da “novatio legis in pejus” e da ultra-atividade da Lei Penal. Sendo a prescrição cognoscível a qualquer tempo e grau, inclusive reconhecível ex officio (art. 61 do CPP). “

No entanto, observo que, nos termos do art. 102, II, a, da Constituição Federal, é cabível recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal quando o *habeas corpus* for decidido **em única instância pelos Tribunais Superiores, nunca em face de decisões proferidas pela própria Corte.** Nesse sentido:

“Não se revela admissível, porque inexistente, recurso ordinário contra julgamentos emanados do STF. Incidência, na espécie, do princípio da legalidade ou da tipicidade dos recursos. Inaplicabilidade, ao caso, por tratar-se de erro grosseiro, do postulado da fungibilidade recursal.” (MS 28.857-QO, rel. min. Celso de Mello, Plenário, DJE de 20.03.2013.)

“AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO AVULSA EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO DA SEGUNDA TURMA DESTE TRIBUNAL. ERRO GROSSEIRO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO CONHECIDO. I – Esta Corte firmou o entendimento no sentido de não caber a interposição de recurso ordinário contra decisão do STF que negou seguimento a mandado de segurança. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal ante a ocorrência de erro grosseiro. Precedentes. II - Agravo regimental não conhecido.” (MS 35684 PetA-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31.05.2019)

Considerando que as normas de distribuição de competências na Constituição Federal são de natureza estrita, **o presente recurso ordinário é manifestamente incabível.**

Portanto, nada a a prover.

Certifique-se o trânsito em julgado e archive-se.

Publique-se.

Brasília, 1º fevereiro de 2022.

Ministro Edson Fachin

Relator

HABEAS CORPUS 211.289 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : THAIS RAIANE PEREIRA
IMPTE.(S) : ICARO BATISTA NUNES E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática, proferida no âmbito do STJ, que indeferiu o pedido liminar nos autos do HC 717006/SP (eDOC 11).

O impetrante alega que: a) a paciente foi denunciada pela suposta prática do delito previsto no art. 33, caput, c.c artigo 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/06; b) o Juízo de primeiro grau desclassificou a infração para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 e, reconhecendo a prescrição, julgou extinta a punibilidade; c) o Tribunal local deu provimento ao recurso ministerial para condená-la pela prática de tráfico de drogas, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado; d) a liminar indeferida pelo STJ implicará grave prejuízo à paciente, que está cumprindo pena injusta e em regime inadequado; e) a sentença deve ser restabelecida, pois não há qualquer elemento que indique que o entorpecente apreendido com a paciente (4 gramas de cocaína) era destinado ao consumo de terceiros; f) mesmo que não seja reconhecida a tese de desclassificação, a paciente faz jus à aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, na fração máxima; g) considerando as circunstâncias judiciais e o quantum da pena, a paciente faz jus à regime inicial diverso do fechado.

Pede, liminarmente, que seja assegurado à paciente o direito de aguardar em regime aberto até o julgamento do mérito da presente ação. No mérito, requer o restabelecimento da sentença. Subsidiariamente, pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, com a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Caso não seja fixado o regime inicial aberto, pede a modificação do regime para o semiaberto.

É o relatório. **Decido.**

HC 211289 / SP

1. Esta Corte tem posição firme pela impossibilidade de admissão de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida por **membro** de Tribunal Superior, visto que, a teor do artigo 102, I, “i”, da Constituição da República, sob o prisma da autoridade coatora, a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente se perfectibiliza na hipótese em que **Tribunal Superior**, por meio de órgão colegiado, atue nessa condição. Nessa linha, cito o seguinte precedente:

“É certo que a previsão constitucional do habeas corpus no artigo 5º, LXVIII, tem como escopo a proteção da liberdade. Contudo, não se há de vislumbrar antinomia na Constituição Federal, que restringiu a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por Tribunal Superior. Entender de outro modo, para alcançar os atos praticados por membros de Tribunais Superiores, seria atribuir à Corte competência que não lhe foi outorgada pela Constituição. Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, “i”, da Constituição como regra de competência, estabelecendo antinomia entre normas constitucionais.

Ademais, com respaldo no disposto no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pode o relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, há de ser observado que a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea “i”), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado. Assim, impunha-se a interposição de agravo regimental” (HC 114.557 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.08.2014, grifei).

Nessa perspectiva, tem-se reconhecido o descabimento de *habeas corpus* dirigido ao combate de decisão **monocrática de indeferimento de liminar** proferida no âmbito do STJ. Tal entendimento pode ser extraído a

HC 211289 / SP

partir da leitura da Súmula 691/STF:

“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício:

Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício.

Calha enfatizar que tal providência tem sido tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que “a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF” (HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06.11.2008, grifei).

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações. Nesse sentido, não pode ser atribuída a pecha de flagrante à ilegalidade cujo reconhecimento demande dispendioso cotejamento dos autos ou, pior, que desafie a complementação do caderno processual por meio da coleta de elementos externos.

Como reforço, cumpre assinalar que o Código de Processo Penal, ao permitir que as autoridades judiciárias concedam a ordem de ofício em *habeas corpus*, apenas o fez quanto aos processos que já lhes são submetidos à apreciação:

“Art. 654. (...)

(...)

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, **quando no curso de**

HC 211289 / SP

processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

De tal modo, ao meu sentir, não se admite que o processo tenha como nascedouro, pura e simplesmente, a alegada pretensão de atuação *ex officio* de Juiz ou Tribunal, mormente quando tal proceder se encontra em desconformidade com as regras de competência delineadas na Constituição da República. Em outras palavras: somente se cogita da expedição da ordem de ofício nas hipóteses em que não se desborda da competência do órgão, de modo que essa não pode ser a finalidade precípua da impetração.

3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

3.1. Na espécie, o Tribunal local afastou a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas e realizou a dosagem da pena nos seguintes termos (eDOC 9, p. 7/10):

A seguir, passa-se a dosar as penas devidas aos apelados:

Elas são, inicialmente, fixadas nos mínimos legais. Na 2ª fase dos cálculos, apesar da presença da atenuante da menoridade relativa, ficam mantidas nesses patamares, consoante o entendimento consagrado através da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, enquanto na etapa derradeira da dosimetria incide o aumento de 1/6 (um sexto) pelo envolvimento de adolescente, razão pela qual ficam estabilizadas em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos não pode ser aplicado, porque a quantidade da droga, sua natureza e, ainda, o envolvimento de adolescente no tráfico denotam que os apelados estavam, na verdade, enfronhados na criminalidade, pois a droga só poderia estar na posse de alguém dedicado à venda de drogas, não sendo a ação episódica ou ocasional de algum noviço.

HC 211289 / SP

Além disso, ADEILTON responde a outro processo por tráfico de drogas (fls. 08 do apenso) supostamente cometido no início de 2014, e tal circunstância pode justificar a recusa à concessão do favor legal, consoante estes julgados selecionados das mais altas Cortes de Justiça da Nação: “(...) 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que 'Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMENLÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros. (...)” (STF, 1ª Turma, HC 108135, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/06/2012).

“É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.” (STJ, 3ª Seção, EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/12/2016).

Em seguida, impõe-se o regime inicial mais severo. Obriga à sua eleição a alta reprovabilidade da conduta, extraída do fato dos apelados terem sido pegos traficando cocaína, droga de alta letalidade e que causa rápida dependência e efeitos devastadores sobre seus usuários.

Considere-se, além disso, que o tráfico de drogas é conduta das mais deletérias, que atenta contra a saúde e até mesmo a vida de considerável parcela da população, composta basicamente por jovens adolescentes, os quais, uma vez iniciados no vício, raramente dele conseguem se livrar.

HC 211289 / SP

Constitui-se também em porta aberta para o cometimento de outros crimes, notadamente voltados contra o patrimônio, sabido que não raro usuário destituído da capacidade econômica subtrai bens alheios para conseguir dinheiro para sustentar o vício.

Ademais, consoante orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como as circunstâncias da ocorrência, podem recomendar o estabelecimento prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (HABEAS CORPUS nº 189.960/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.08.2012). No mesmo sentido: HC nº 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 27.08.2012; HC nº 225.568/ES, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27.08.2012, HC 235182/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2013, e AgRg no AREsp nº 280639/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 22/08/2013; e HC 302.792/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 03/12/2014.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso ministerial para condenar THAISRAIANE PEREIRA e ADEILTON VENÂNCIO DA SILVA, qualificados nos autos, como incurso no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso VI, da **Lei de Drogas, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado**, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

Nota-se, portanto, à toda evidência, que o acórdão do Tribunal local não se compatibiliza com a atual e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *“[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.”* (HC 152.001 AgR, Relator Ricardo Lwandowski, Redator p/

HC 211289 / SP

acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 28.11.2019).

Na mesma linha:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. BIS IN IDEM E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A NEGAR O REDUTOR. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECER A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO DA MATÉRIA AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA REAVALIAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA COMPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE OU ILEGAL. AFASTAMENTO DESMOTIVADO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. A MERA MENÇÃO À QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA NÃO SATISFAZ A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PARA FINS DE NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO DO DECISIUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A excepcional via do habeas corpus não é mecanismo para que, ainda que por via transversa, possibilite-se a complementação de fundamentação deficiente e/ou ilegal. 2. A quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. 3. Diversamente do que ocorre na primeira fase da dosimetria da pena, em que a quantidade e qualidade de drogas são vetores legalmente expressos (art. 42 da Lei 11.343/2006) e, portanto, dispensam maiores digressões, a utilização dessa circunstância na terceira fase só é admitida se constituir um indicativo de não preenchimento de algum dos vetores legalmente elididos. Precedentes. 4. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático

HC 211289 / SP

conduz à manutenção da decisão agravada. 5. Agravo regimental desprovido.(HC 186909 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 08/09/2020, grifei)

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

HC 211289 / SP

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, Relator Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 09.06.2017)

No que diz respeito à dosimetria da pena do corréu, observo que, à luz do princípio da presunção de inocência, que a utilização de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado é insuficiente para comprovar a dedicação do paciente a atividades criminosas. Nesse sentido:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. 4. Não aplicação da minorante em razão de sentença sem trânsito em julgado. 5. Paciente primário. 6. Ausência de provas de que integra organização criminosa ou se dedique à prática de crimes. 7. Decisão contrária à jurisprudência desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 7.1. O Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. 7.2. Para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional. 8. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Superação. 9. Ordem concedida parcialmente para que o Juízo proceda à nova dosimetria. (HC 151431, Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 08.05.2018)

Com efeito, **constatada a motivação inidônea para afastar a causa**

HC 211289 / SP

de diminuição da pena, concluo que a deficiência na fundamentação da dosimetria da reprimenda configura situação de flagrante ilegalidade, especialmente porque não há notícias nos autos de que a paciente e o corréu possuam maus antecedentes e, à míngua de outros elementos probatórios, não há comprovação de que integre organização criminosa ou se dedique à traficância habitualmente.

Dito isso, não visualizo qualquer argumento ou fundamento hábil a negar a incidência da minorante na maior fração.

3.1. Quanto ao regime, o acórdão combatido não descreve razões adequadas a justificar a escolha de regime inicial mais gravoso que o sugerido pela Lei Penal.

Apesar de ter fixado a pena-base no mínimo legal, o Tribunal estabeleceu o regime mais rigoroso para cumprimento da sanção com base na natureza da droga apreendida, circunstância que não ensejou o agravamento da reprimenda.

Considerando que a individualização da pena pressupõe logicidade e harmonia argumentativa, não é possível que tais particularidades, não aferidas para majorar a pena, amparem a adoção de regime mais gravoso que o recomendado pelo tempo da pena.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática do relator de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Não conhecimento do writ. Precedentes. Possibilidade de análise da questão, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Reconhecimento pretendido. Descabimento. Quantidade e natureza das drogas apreendidas que evidenciam, juntamente com as circunstâncias da prisão, a dedicação à atividade criminosa. Impossibilidade de utilização do habeas corpus para se revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova que ampararam aquela conclusão.

HC 211289 / SP

Regime inicial fechado. Imposição com base na mera hediondez do crime (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90). Inadmissibilidade. **Paciente primário e que não registra antecedentes. Pena-base fixada no mínimo legal. Diretrizes do art. 59 do Código Penal consideradas favoráveis pelas instâncias ordinárias. Não conhecimento do habeas corpus. Concessão, de ofício, do writ para se fixar o regime semiaberto, em face da quantidade de pena imposta.** 1. Não se admite, por falta de exaurimento da instância antecedente, a impetração de habeas corpus contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno. Precedentes. 2. O paciente e o corréu foram presos na posse de vultosa e variada quantidade de drogas: 2.709,34 g de maconha, 109,23 g de crack e 73,03 g de cocaína, acondicionados em 180 cápsulas, tipo eppendorf. 3. Como a pena-base foi fixada no mínimo legal, nada obstava que, na última fase da dosimetria, para se negar o reconhecimento do tráfico privilegiado, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas fossem valoradas negativamente, por evidenciarem, juntamente com as circunstâncias da prisão, a dedicação à atividade criminosa. 4. Como destacado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a partir de elementos concretos dos autos, a quantidade de drogas apreendidas e as circunstâncias da prisão do paciente demonstravam que ele exercia o tráfico de forma habitual e fazia da traficância seu meio de vida. 5. Concluindo a instância ordinária, para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, torna-se inviável a utilização do habeas corpus para revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova que ampararam aquela conclusão. 6. De toda sorte, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade, uma vez que o regime inicial fechado foi imposto em atenção, exclusivamente, à regra do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. 7. A teratologia dessa decisão era manifesta, uma vez que colidia frontalmente com o entendimento fixado pelo Plenário do Supremo Tribunal

HC 211289 / SP

Federal no julgamento do HC nº 111.840/ES, de minha relatoria, DJe de 17/12/12. 8. **Além de o paciente ser primário e não registrar antecedentes, sua pena-base foi fixada no mínimo legal, porque as instâncias ordinárias lhe reputaram favoráveis as diretrizes do art. 59 do Código Penal, sendo de rigor a imposição do regime intermediário, em razão da quantidade de pena imposta.** 9. Habeas corpus do qual não se conhece. Concessão, de ofício, do writ, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, estendendo-se os efeitos da decisão ao corréu que se encontra em idêntica situação, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. (HC 140.423, Relator Ricardo Lewandowski, Relator p/ acórdão Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 10.08.2017)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME INICIAL. 1. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 124.250, Rel. Min. Teori Zavascki, decidiu que a** *determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º).* *Sob essa perspectiva, não há ilegalidade na decisão que aumenta a pena-base em decorrência da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e estabelece o regime inicial mais grave, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos* . (...) (HC 158.263 AgR, Relator Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 19.11.2018)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSIÇÃO DE

HC 211289 / SP

REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. 1. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria. **Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal.** 2. No caso, fixada a pena definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, não havendo reincidência e avaliadas positivamente todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a fixação do regime semiaberto é medida que se impõe, nos termos dos § 2º, b, e § 3º do art. 33 do Código Penal. 3. Recurso ordinário provido para fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto. (RHC 135.298, Redator p/ acórdão Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 08.08.2017)

Dessa forma, os elementos ponderados pelo TJSP na fixação de regime que não encontrem correspondência na dosimetria da pena não podem ser considerados, sob pena de se incidir em incongruência e desproporcionalidade na individualização da pena.

Partindo dessa premissa, não depreendo fundamento idôneo a amparar o regime estabelecido, pois: (i) as circunstâncias judiciais foram valoradas de forma positiva; (ii) os acusados são primários e fizeram jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas e (iii) o *quantum* da pena definitiva não recomenda sanção mais gravosa.

Em tal medida, a fundamentação deficiente invalida a decisão e autoriza o cumprimento da pena em regime inicial aberto, conforme abstratamente previsto em lei.

4. Posto isso, com fulcro no art. 192 do RISTF, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no percentual máximo de 2/3 (dois terços), tornando definitiva a pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 09 (nove) dias de reclusão, em regime inicial aberto, nos termos

HC 211289 / SP

do art. 33, §§ 2º, “c”, e 3º, do CP, e determinar ao Juízo da Execução que substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos moldes do art. 44 do CP.

5. Verificada a identidade de situações processuais entre a paciente e o corréu Adeilton Venâncio da Silva, estendo-lhe a ordem ora concedida, nos termos do artigo 580 do CPP.

Comunique-se com urgência.

Oficie-se ao STJ, dando-lhes ciência desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 3 de fevereiro de 2022.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente