



# *HABEAS CORPUS*

---



SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO

JULGAMENTOS - 01/01/2022.30/06/2022

MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---



Mais informações: [csl-edu.com.br](http://csl-edu.com.br)

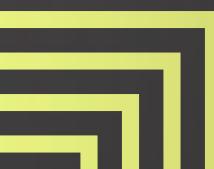
MIN.  
RICARDO  
LEWANDOWSKI

S  
T  
F

JANEIRO

---

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA



## **HABEAS CORPUS 211.541 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI</b>
<b>FACTE.(S)</b>	<b>: PEDRO PAULO ALVES DOS SANTOS</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: CAIO CESAR DA SILVA SIMOES</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de Pedro Paulo Alves os Santos contra decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao AgRg no HC 674.379/SP (documento eletrônico 2).

O impetrante alga, em síntese, que “[...] todas as decisões, até agora, trazem fundamentos superficiais, se baseando apenas no delito e não na condição pessoal do réu” (pág. 4 do documento eletrônico 1).

Ao final, pede:

“1 - O paciente faz jus a aplicação do tráfico privilegiado, haja vista a primariedade (doc.7), possuidor de bons antecedentes e não integrar organização criminosa. Sendo este o entendimento deste tribunal, é também perfeitamente aplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e também a mudança do regime prisional.

2 - Caso não seja aplicado o tráfico privilegiado, requer apenas a alteração do regime prisional” (pág. 5 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário. Decido.

Acentue-se, de início, que embora o presente *writ* tenha sido impetrado em substituição a recurso ordinário, não oponho óbice ao seu conhecimento, na linha do que decidiu o Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento do HC 152.752/SP, Rel. Min. Edson Fachin.

Anote-se, também, que o art. 192, *caput*, do Regimento Interno do

## **HC 211541 / SP**

Supremo Tribunal Federal faculta ao Relator denegar ou conceder a ordem de *habeas corpus*, ainda que de ofício, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal.

Por esses motivos, passo ao exame desta impetração.

A orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo insuficiente, para tanto, simples referência à quantidade de entorpecente apreendida ou ilações no sentido da dedicação do réu à prática de atividades criminosas.

Nesse sentido:

**"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.

V - 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 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/MS, de minha relatoria, Segunda Turma).

**"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO EM RAZÃO UNICAMENTE DA QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.**

I – A única fundamentação acerca da quantidade de entorpecente não é fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II – Ordem concedida, em parte, para restabelecer a pena inicial de três anos, com o redutor original, e determinar que o juízo a quo proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal" (HC 138.138/SP, de minha relatoria, Segunda Turma).

## HC 211541 / SP

Ademais, o § 2º do art. 33 do Código Penal é claro ao dispor que constitui faculdade, e não obrigação, sujeita ao prudente arbítrio do magistrado, fixar um regime mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sopesadas as peculiaridades de cada caso.

Além disso, o § 3º do art. 33 do mesmo diploma, determina ao juiz sentenciante que, assim como no procedimento de fixação da pena, observe os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal no momento da definição do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Registre-se, também, o teor da Súmula 719 desta Suprema Corte: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Na esteira desse entendimento, cito as ementas dos seguintes julgados:

“*Habeas corpus*. Penal. Homicídio (CP, art. 121, *caput*). Condenação. Pena de 6 anos e 8 meses de reclusão. Regime inicial mais gravoso imposto na sentença (CP, art. 33, § 3º). Admissibilidade. Existência de voto desfavorável na primeira fase da dosimetria. Precedentes. Dosimetria de pena. Ilegalidade dos fundamentos invocados para majoração da pena-base. Não ocorrência. Valoração negativa das circunstâncias do crime devidamente justificada. Inidoneidade do habeas corpus para se proceder à ponderação e ao reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal consideradas na sentença condenatória. Precedentes. Ordem denegada. 1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a existência de vetores desfavoráveis na primeira fase da dosimetria, tal como se verificou na espécie, justifica a imposição de regime mais severo do que aquele que a pena imposta admite, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. 2. Existência de motivação adequada para a valoração negativa das circunstâncias do crime, tendo-se demonstrado,

com base em elementos concretos, o maior grau de censurabilidade da conduta do paciente, que desbordou dos elementos normais do tipo penal, justificando, portanto, a exasperação de sua pena-base. 3. A via estreita do *habeas corpus* não permite que se proceda à ponderação e ao reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal consideradas na sentença condenatória (v.g. HC nº 134.193/GO, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 28/11/16). 4. *Habeas corpus denegado*" (HC 139.377/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJ 13/3/2017).

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. RÉU CONDENADO PELO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 33, § 3º, do Código Penal determina ao juiz sentenciante que, assim como no procedimento de fixação da pena, observe os critérios definidos no art. 59 do Código Penal no momento da determinação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. II – No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena está em conformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como ocorreu. III – A Corte local optou pela fixação do regime inicial fechado em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso. IV – Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento" (RHC 118.194/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 3/2/2014).

## **HC 211541 / SP**

Feitos esses registros, transcrevo, por oportuno, a ementa que sintetiza o teor da decisão combatida:

“AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (133,37G DE COCAÍNA E 386,54G MACONHA). DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). APLICAÇÃO. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS QUE DEMONSTRARIAM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. INVIALIDADE NA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE RELEVANTE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM DE PENA IMPOSTA. ART. 44, I, CP. CONSTRAINGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DECISÃO RECORRIDA DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida, quanto à dosimetria da pena, pois a Sexta Turma deste Tribunal entende que ‘o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastado com base não apenas na quantidade de droga apreendida [...], pois as instâncias ordinárias também mencionaram outras circunstâncias do caso concreto aptas a justificar a não concessão da citada benesse e a confirmar que a conduta praticada pelo Réu não é algo casual e isolado’ (AgRg no AREsp n. 1.799.093/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 11/3/2021). Precedentes.

2. Igualmente, a quantidade elevada de entorpecentes apreendidos justifica o recrudescimento do regime inicial de cumprimento de pena. Precedentes.

3. Finalmente, considerando a reprimenda privativa de liberdade definitiva imposta (5 anos e 10 meses de reclusão),

## HC 211541 / SP

inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

### 4. Agravo improvido" (documento eletrônico 2)

Traslado, ainda, trecho do voto condutor proferido pelo Ministro Sebastião Reis Junior, Relator do AgRg no HC 674.379/SP:

"O presente agravo regimental objetiva o redimensionamento da pena imposta ao paciente – na condenação a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas (133,37 g de cocaína e 386,54 g maconha – fl. 78) –, além da alteração do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inicialmente, transcreve-se a fundamentação da sentença condenatória em relação às alegações recursais (fls. 82/84):

'Em que pesem os argumentos promovidos pelo nobre causídico ao momento das alegações finais, verifica-se carecer este de razão no pleito suscitado. Embora indique que o acusado é primário, possui bons antecedentes e da ínfima quantia de entorpecentes localizadas, parece esquecer este que a prática criminosa desempenhada pelo acusado restou descoberta por meio de interceptação telefônica, a qual, de forma singular, já denota o nítido envolvimento deste com atividades criminosas, bem como pertencer, de modo único, à organização criminosa.

[...]" (págs. 4-5 do documento eletrônico 2, grifei).

Conforme se verifica, é idônea a fundamentação mantida pela Sexta Turma do STJ, que justificou, de modo satisfatório, o afastamento da minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Essa decisão baseou-se em conteúdo fático obtido por interceptação

**HC 211541 / SP**

telefônica autorizada judicialmente (documento eletrônico 6). Assim, dissentir demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável, como sabido, na estreita via do *habeas corpus*.

Consigno, por fim, que, ao apreciar as condições subjetivas desfavoráveis do ora paciente, estabeleceu-se o regime prisional mais severo, em razão dos elementos concretos e individualizados que a Sexta Turma entendeu aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Portanto, no caso concreto, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao ora paciente harmoniza-se com a Súmula 719 desta Suprema Corte.

Isso posto, denego a ordem (art. 192, *caput*, do RISTF). Prejudicado o pleito cautelar.

Publique-se.

Brasília, 31 de janeiro de 2022.

**Ministro Ricardo Lewandowski**  
Relator

## **HABEAS CORPUS 211.483 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: REINALDO HENRIQUE SANTOS</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: LUCAS DE ANTONIO MARTINS</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que negou provimento ao Agravo Regimental no HC 688.199/SP, assim ementado:

**"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o quantum da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão.

2. Agravo regimental desprovido" (doc. eletrônico 12).

A defesa alega que

"[...] é possível verificar a flagrante ilegalidade, pois o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos pelo crime de tráfico de drogas, no entanto, o suplicante ENCONTRA-SE CONDENADO EM REGIME FECHADO.

Com efeito, tanto a respeitável decisão prolatada pela 7<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo e a proferida pela 5<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça que mantiveram a r. decisão do juízo de origem, contrariando os ínclitos julgadores disposição expressa de lei federal. Isto porque os digníssimos desembargadores desprezaram a regra do artigo 33, § 2º, 'b', do Código Penal, a qual determina que às condenações entre quatro a oito anos a réus não reincidentes seja fixado o regime prisional inicial semiaberto [...]” (págs. 4-5 da petição inicial).

Conclui, nesse contexto, que “a fixação do regime prisional mais severo ostenta fundamentação exclusiva na gravidade abstrata do delito, que em verdade já é levada em conta pelo legislador na criação do tipo penal em questão” (pág. 6 da petição inicial).

Requer, ao final, que “seja conhecido e deferido o *writ* para que se modifique o regime prisional, passando do FECHADO para o SEMIABERTO” (pág. 11 da petição inicial).

É o relatório. Decido.

Bem examinados os autos, entendo que é o caso de denegação da ordem.

A decisão do STJ alinha-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de, embora a reprimenda ao final estabelecida seja inferior a 8 anos de reclusão (5 anos), o que, em tese, autorizaria a fixação de regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP), na primeira fase da dosimetria, a reprimenda foi exasperada acima do mínimo legal, haja vista a quantidade de droga apreendida.

Eis o que consta da decisão atacada:

“[...]

O art. 33, §§ 2º, a, b e c, e 3º, do Código Penal estabelece a regra geral para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pautando-se pela quantidade da reprimenda imposta ao final da dosimetria: a) fechado para a pena superior a 8 anos e, em casos de reincidência, para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos; b) semiaberto para a pena igual ou inferior a 8 e superior a 4 anos, se primário o condenado; e c) aberto para a pena de até 4 anos.

Contudo, o juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do

## **HC 211483 / SP**

que aquele relacionado unicamente com o quantum da pena ao considerar a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a natureza ou a quantidade da droga, até mesmo sua forma de acondicionamento, desde que fundamente a decisão (AgRg no HC n. 536.415/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 19/8/2020).

No presente caso, a quantidade de droga aprendida (1 porção de maconha, pesando 863,45g; 102 porções de *crack*, pesando 17,29g; e 24 porções de cocaína, pesando 18,80g), que foi valorada negativamente na primeira fase da dosimetria da pena, revela maior gravidade, o que justifica a imposição de regime diverso dos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal, devendo, portanto, ser mantido o regime inicial fechado, fixado na origem”(pág. 2 do doc. eletrônico 13).

Nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal, esse aspecto justifica a aplicação de regime prisional mais gravoso do que permitiria a sanção aplicada.

É nesse sentido a orientação firmada pelas duas Turmas desta Suprema Corte (*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, denego a ordem de *habeas corpus* (RISTF, art. 192).

Publique-se.

Brasília, 27 de janeiro de 2022.

**Ministro Ricardo Lewandowski**  
Relator

## **MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 211.360 SANTA CATARINA**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: BRUNO MUNIZ ALVES</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal Justiça – STJ, que negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial 1.935.670/SC, assim ementado:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.**  
**ART. 20 DA LEI 7.429/1996. ABSOLVIÇÃO OU**  
**DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.**  
**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO**  
**OCORRÊNCIA. RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO**  
**DA DENÚNCIA.**

1. Tendo as instâncias ordinárias concluído pela existência de conluio entre o acusado, empregado da CEF e operador dos financiamentos, e o coacusado, proprietário de loja de materiais de construção, a fim de desviar recursos de financiamento concedido pela CEF, aplicando-os em finalidade diversa da devida, a (eventual) reversão das premissas fáticas, para fins de absolvição ou desclassificação para falsidade ideológica, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível pela via do recurso especial, consoante Súmula 7/STJ.

2. No julgamento do HC 628.647/SC, em 9/3/2021, a Sexta Turma, por maioria de votos, alinhando-se ao entendimento da Quinta Turma, firmou compreensão de que, considerada a natureza híbrida da norma, e diante do princípio ‘tempus regit actum’ em conformação com a retroatividade penal benéfica, o acordo de não persecução penal incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia.

3. *Agravo regimental improvido”* (pág. 83 do doc.

## **HC 211360 MC / SC**

eletrônico 19).

Neste *habeas corpus*, a defesa alega, primeiro, que, “não havendo como verificar a responsabilidade dos autores do delito, forçoso afirmar que, em razão do princípio da acessoriedade limitada, não há participação penalmente relevante, ou melhor, não pode haver contribuição secundária, participação, onde não há conduta principal, impondo-se a absolvição do ora paciente” (pág. 6 da petição inicial).

Alternativamente, sustenta a

“[...] desclassificação das condutas atribuídas ao paciente para o tipo penal previsto no art. 299 do CP, nos termos do quanto também consignado pela e. Relatora do recurso de apelação em seu voto vencido, compreendendo-se que as condutas perpetradas consistiram na apresentação de notas fiscais falsas, a fim de conferir aparência de legalidade à destinação das quantias obtidas com os financiamentos, na modalidade CONSTRUCARD, quando, em verdade, os clientes obtinham empréstimos para a aquisição de veículos. Neste caso, se faz necessária a readequação das penas aplicadas” (pág. 6 da petição inicial).

Em seguida, defende a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), afirmando que “o paciente não é reincidente e o crime que lhe foi imputado não envolve violência ou grave ameaça. Também é certo que a pena mínima cominada para o referido delito é inferior a 4 anos, não se afigurando presentes, *a priori*, nenhum dos impedimentos constantes do §2º do art. 28-A do CPP” (pág. 8 da petição inicial).

Ao final, formula os seguintes requerimentos:

“a) a concessão de medida liminar, determinando-se a suspensão da execução da pena enquanto não julgado

## HC 211360 MC / SC

definitivamente o presente *writ*;

b) a concessão da ordem, para que seja absolvido o paciente. Subsidiariamente, requer a desclassificação das condutas que lhe foram imputadas para o tipo penal previsto no art. 299 do CP. Ainda, acaso não acolhido de pronto o pleito absolutório, pugna para que, reconhecendo-se a incidência imediata da norma prevista no art. 28-A do Código de Processo Penal aos processos em curso, seja reprimirada – quanto a este ponto específico, a decisão proferida no âmbito do TRF4, com a necessária remessa dos autos à primeira instância, a fim de oportunizar-se ao Ministério Público Federal o oferecimento de acordo de não persecução penal ao paciente, ante a satisfação, *a priori*, dos critérios hábeis à implementação da medida” (págs. 8-9 da petição inicial).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, no que concerne ao pedido de absolvição ou desclassificação da conduta imputada ao paciente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ limitou-se a assentar que, “[t]endo as instâncias de origem, com apoio nas provas dos autos, concluído pela presença de elementos de convicção suficientes para embasar a condenação em desfavor do acusado, em especial o dolo do agente, o acolhimento dos pleitos de absolvição ou desclassificação encontra óbice na Súmula n. 7/STJ” (pág. 93 do doc. eletrônico 19).

Assim, o não enfrentamento dessa questão pelo STJ impede igualmente o exame dela por esta Suprema Corte, sob pena de supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes proferidos em casos análogos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.

## HC 211360 MC / SC

PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.
2. Caracteriza-se indevida supressão de instância o enfrentamento de argumento não analisado pela instância *a quo*.
3. Agravo regimental desprovido" (HC 135.001 AgR/MS, rel. Min. Edson Fachin).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CRIMES DE CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

- [...]
2. Inviável o exame das teses defensivas não analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.
  3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento" (HC 136.452 ED/DF, rel. Min. Rosa Weber).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

- [...]
3. A alegação de ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal não foi submetida a exame do Superior Tribunal de Justiça, o que impede a imediata análise da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

## **HC 211360 MC / SC**

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (RHC 131.539 AgR/SP, rel. Min. Roberto Barroso).

**"PENAL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREScriÇÃO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.**

I – As alegações constantes neste recurso ordinário em *habeas corpus* não foram objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça local, circunstância que impede o exame da matéria por esta Suprema Corte, sob pena de incorrer-se em indevida dupla supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes.

[...].

III - Recurso a que se nega provimento" (RHC 136.311/RJ, de minha relatoria).

Além disso, as alegações da impetrante mostram o nítido propósito de rediscutir os fatos da causa e o rejulgamento da ação penal, o que, como se sabe, não é possível na via estreita do *habeas corpus*, cabendo ao juízo natural o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, como ocorreu. Em apoio a essa perspectiva, menciono:

**"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.** 1. O presente *habeas corpus*, em verdade, busca uma revisão geral dos processos em que o paciente foi condenado. 2. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida

## HC 211360 MC / SC

pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 3. Não restou demonstrado qualquer prejuízo à defesa do paciente. 4. Ordem de *habeas corpus* denegada" (HC 99.040/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie).

"[...] 3. AÇÃO PENAL. Roubo qualificado. Participação de menor importância. Reconhecimento, em *habeas corpus*. Inadmissibilidade. Alegação que exigiria cognição completa do conjunto de provas. Providência inviável em pedido de *habeas corpus*. Precedentes. O reconhecimento de participação de menor importância requer o exame da matéria fático-probatória, providência inviável em *habeas corpus*. Precedentes" (HC 88.008/SP, Rel. Min. Cezar Peluso).

"HABEAS CORPUS. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS DISTINTAS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. 1. O acatamento da tese defensiva demandaria aprofundado exame de fatos e provas, incompatível com a via processual de verdadeiro atalho em que a ação constitucional do *habeas corpus* consiste. Ação que não se presta, portanto, para uma exaustiva discussão e revolvimento do quadro fático-probatório da causa. 2. Ilegalidade ou abuso de poder que não se enxerga da leitura dos autos. Paciente condenado por quatro delitos de atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal), cometidos contra vítimas diferentes e mediante circunstâncias diversas. 3. *Habeas corpus* indeferido" (HC 96.917/SP, Rel. Min. Ayres Britto).

No mesmo sentido, cito os seguintes julgados: HC 140.629 AgR/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello; HC 145.311 AgR/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; RHC 139.488 AgR/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux; HC 139.578 AgR/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber; RHC 134.465 AgR/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin; e HC 146.286 AgR/RS, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

## **HC 211360 MC / SC**

Portanto, desde já, não conheço do *habeas corpus*, nessa parte.

Todavia, no que se refere ao pleito de aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), em que pese a reprimenda corporal do paciente ter sido substituída por duas sanções restritivas de direitos (págs. 49-51 do doc. eletrônico 18), reconheço que a matéria é de alta indagação e merece uma análise mais verticalizada.

Aliás, a matéria encontra-se afetada ao Plenário do STF nos autos do HC 185.913/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, oportunidade em que este Supremo Tribunal examinará as seguintes questões:

“a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado? b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?”.

Ante o exposto, defiro a liminar para suspender a execução da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal 5011183-37.2015.4.04.7200/SC, da 7<sup>a</sup> Vara Federal de Florianópolis/SC, bem como o respectivo prazo prescricional, até o julgamento de mérito do HC 185.913/DF, por esta Suprema Corte.

Comunique-se. Publique-se.

Brasília, 20 de janeiro de 2022.

**Ministro Ricardo Lewandowski**  
Relator

## **HABEAS CORPUS 211.266 PARANÁ**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI</b>
<b>PACE.(S)</b>	<b>: MATEUS ARAUJO FERREIRA DE MORAIS</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que negou provimento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.009.979/PR, assim ementado:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS NÃO UTILIZADOS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. Conforme entendimento desta Corte, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, desde que não utilizadas na primeira fase da dosimetria, podem justificar a modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. Do mesmo modo, embora a pena seja inferior a 04 anos, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela natureza da droga apreendida, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que não se mostra socialmente recomendável.

3. "Agravo regimental desprovido" (pág. 238 do doc. eletrônico 3).

Nesta impetração, a defesa alega que, "se o paciente preenche todos os requisitos exigidos para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, evidenciando serem favoráveis às circunstâncias

## **HC 211266 / PR**

judiciais do art. 59 do Código Penal, induvidosamente a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 deveria ter sido fixada em seu máximo, ou seja, 2/3" (pág. 8 da petição inicial).

Salienta, mais, que, "sendo o paciente primário, estando sua pena patamar abaixo de 04 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos trata-se de medida socialmente recomendável, pois não há nos autos circunstância excepcional a tornar a substituição da pena não recomendável, nos termos do art. 44 do Código Penal" (pág. 9 da petição inicial).

Requer, ao final, a "concessão da ordem, a fim de que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 em fração máxima de 2/3, assim como a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos, conforme prevê o art. 44 do Código Penal [...]" (pág. 12 da petição inicial).

É o relatório. Decido.

A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que "[o] magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no *quantum* reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto" (HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma).

Na mesma linha de orientação, menciono os seguintes julgados:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). UTILIZAÇÃO**

DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM DUAS DAS TRÊS FASES DA DOSIMETRIA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVALIAR, NA VIA DO *HABEAS CORPUS*, QUAL SERIA A PENA ADEQUADA AO FATO PELO QUAL FORAM CONDENADOS OS PACIENTES. ORDEM DENEGADA. I - Tenho que o magistrado não se utilizou das mesmas circunstâncias judiciais (quantidade e qualidade da droga) para fixar as penas-bases dos pacientes e, em ato posterior, diminui-las no patamar mínimo (1/6), decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócuia a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo. III - O *habeas corpus* não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade. IV - Ordem denegada" (HC 102.487/MS, de minha relatoria, Primeira Turma).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo. 2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime. 3. Foi grande a

## HC 211266 / PR

quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços). 4. *Habeas corpus denegado*" (HC 100.755/AC, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma).

No caso, o Ministro relator do STJ destacou os seguintes aspectos para manter a fração de 1/4 de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343.2006 estabelecida em primeiro grau de jurisdição:

"Acerca da pretensão recursal, o Tribunal de origem consignou que (fls. 339/341):

'A defesa do apelante pleiteou a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima, ou seja, em 2/3 (dois terços). Afirmou que o apelante preenche todos os requisitos para tanto.

O MM Magistrado singular se utilizou da quantidade e da natureza dos entorpecentes encontrados com o réu para justificar a redução da pena em fração distinta do máximo previsto em lei: 'Tendo em vista que o acusado se trata de réu primário, não há registro de antecedentes, nem tampouco informações de que se dedique a atividade criminosas ou integre organização criminosa, faz-se imperioso reconhecer que o denunciado faz jus ao benefício pretendido previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006. (...) **Tendo em conta que o acusado satisfaz os requisitos para ser beneficiado de acordo com o previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, reduzo a pena imposta ao réu em 1/4 (um quarto), fixando-a em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa. Justifico a redução neste patamar tendo em conta a potencialidade lesiva da droga apreendida com o réu (crack).'**

A legislação brasileira considera como preponderante a natureza e a quantidade da substância entorpecente em relação às circunstâncias elencadas no art. 59 do CP. E foram apreendidos com o réu 23 (vinte e

três) invólucros de ‘cocaína’, pesando aproximadamente 6g (seis gramas), além de, no interior de sua residência, 91 (noventa e um) invólucros de ‘crack’, pesando aproximadamente 11g (onze gramas).

Assim, diferente do que almeja a defesa, trata-se de grande quantidade de entorpecentes, a qual pode ser valorada negativamente, tal como realizada pelo juízo *a quo*.

Vale lembrar, ainda, que o juízo *a quo* não considerou a quantidade dos entorpecentes na primeira fase da dosimetria da pena, mas apenas na terceira fase. Desse modo, não há qualquer reparo a ser realizado na dosimetria da pena. E este entendimento está em conformidade com a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Destarte, considerando a quantidade e natureza de entorpecentes, não é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em 2/3 (dois terços), razão pela qual entendo pela manutenção da sentença que reduziu a pena em ¼ (um quarto).

**Requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o réu é primário, possui bons antecedentes, a pena restou fixada em menos de 04 (quatro) anos de reclusão e o crime não foi cometido mediante violência ou grave ameaça.**

**O MM Magistrado singular deixou de realizar a substituição da pena sob o argumento de que a natureza e variedade das drogas encontradas com o réu seriam incompatíveis com a referida substituição.**

**No caso em tela, verifica-se que de fato houve a valoração negativa da natureza dos entorpecentes na primeira fase da dosimetria, porém a pena deixou de ser exasperada em decorrência da impossibilidade de *bis in idem* na fase de dosimetria, assim entendo que o juízo *a***

*quo suficientemente fundamentou a sua decisão quanto à impossibilidade da referida substituição.*

Portanto, existindo a valoração negativa de circunstâncias judiciais diante do artigo 42 da Lei 11.343/06, ainda que sem reflexo na pena-base, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Dessa forma o apelante não cumpre um dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal'.

Conforme se verifica da sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de origem, o magistrado singular deixou de utilizar as circunstâncias referentes à quantidade e natureza dos entorpecentes, na primeira fase da dosimetria, utilizando a natureza da droga para modular a fração de diminuição da pena, consoante trechos da decisão (fls. 203/204):

'Circunstâncias especiais do art. 42 da Lei 11343/2006: a natureza das substâncias apreendidas deve ser considerada para o fim de exasperar a pena do acusado, **uma vez que o crack e a cocaína são substâncias de alto poder destrutivo e de fácil dependência ao usuário, todavia, para fins de evitar incorrer em bis in idem, deixarei para analisar tais circunstâncias em momento oportuno, qual seja, na análise das causas especiais de diminuição de pena e da substituição da pena e do 'sursis'**. No mais, a quantidade de entorpecentes, além da personalidade e a conduta social do agente devem ser tidas como regulares, não havendo motivos para exasperar a pena do denunciado.

(...)

Tendo em conta que o acusado satisfaz os requisitos para ser beneficiado de acordo com o previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, reduzo a pena imposta ao réu em 1/4 (um quarto), fixando-a em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa. Justifico a redução neste patamar tendo em conta a potencialidade lesiva da droga apreendida com o réu

(crack).'

Conforme entendimento desta Corte, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, desde que não utilizadas na primeira fase da dosimetria, podem justificar a modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006" (págs. 215-218 do doc. eletrônico 3; grifos meus e no original).

Com efeito, sendo apontados elementos concretos para a escolha da fração de redução na última etapa da dosimetria, o que não se confunde com ausência de fundamentação, não há falar em desproporcionalidade da pena, cabendo reiterar que o magistrado não está obrigado a aplicar o máximo de diminuição previsto, quando presentes os requisitos para a concessão do benefício estabelecido no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto.

No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. 1. A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. 2. As circunstâncias concretas colhidas e sopesadas pelo magistrado sentenciante, autoridade judicial mais próxima dos fatos e das provas, apontam para a primariedade e para os bons antecedentes da agravada, e não indicam dedicação a atividade criminosa ou integração à organização criminosa. 3. Modulação do redutor na fração mínima de 1/6, considerada a quantidade de droga apreendida. Proporcionalidade e adequação.

## **HC 211266 / PR**

Precedentes. 4. Agravo regimental conhecido e não provido" (RHC 138.117 AgR/MS, rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma).

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCABIMENTO DE HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM FRAÇÃO MÍNIMA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (HC 187.703 AgR/SP, rel. Min. Cármem Lúcia, Segunda Turma).*

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 (REDAÇÃO CONFERIDA DA PELA LEI 11.464/2007). ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. [...] II – O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao dar parcial provimento à apelação da defesa, fez incidir a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e estabeleceu a redução na fração 1/6, porque ‘as assim denominadas ‘mulas’, quanto não integrem, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, têm plena e perfeita consciência de que estão a serviço de grupo dessa natureza’, não merecendo, assim, uma redução maior. III – O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse*

## HC 211266 / PR

benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto. [...] VII – Ordem concedida em parte, para determinar ao magistrado da execução que fixe, motivadamente, o regime inicial de cumprimento da pena afastando a regra do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, declarado inconstitucional pelo Plenário desta Corte” (HC 115.149/SP, de minha relatoria, Segunda Turma).

Ressalto, ainda, que “[não] se presta o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.645/MT, Rel. Min. Cármem Lúcia, Primeira Turma).

No mais, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, “embora a pena seja inferior a 04 anos, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela natureza da droga apreendida, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que não se mostra socialmente recomendável” (pág. 219 do doc. eletrônico 3).

Essa decisão está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, firme no sentido de que, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, a substituição da reprimenda privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos será possível quando, além de o réu ter sido condenado com pena inferior a 4 anos, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

No caso sob exame, houve a valoração negativa da natureza dos entorpecentes na primeira fase da dosimetria, porém a pena deixou de ser exasperada para não incorrer em *bis in idem* quando da aplicação da causa especial de redução, na terceira etapa de fixação da pena, em fração

diversa da máxima prevista.

Assim, entendo que essa circunstância mencionada na sentença condenatória é suficiente e adequada para impedir a referida substituição.

Com esse entendimento, cito os seguintes precedentes proferidos por ambas as Turmas deste Tribunal em casos análogos:

“‘HABEAS CORPUS’ – SUSTENTAÇÃO ORAL EM SEDE DE ‘AGRADO REGIMENTAL’ – INADMISSIBILIDADE – CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO REGIMENTAL (RISTF, ART. 131, § 2º) – CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/2006, ART. 33, § 4º) – PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA RECLUSIVA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS – PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS – INVIALIDADE – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA) RECONHECIDA PELO ÓRGÃO JULGADOR – MOTIVAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA A NEGATIVA DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO LEGAL – PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (HC 146.570-AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma).

“Agravo regimental em embargos de declaração em recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Penal e Processual Penal. 3. Condenação pelo delito de sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, c/c o artigo 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/1990) 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Regime inicial aberto. Impossibilidade. 5. Circunstância judicial desfavorável. 6. Precedentes. 7. Agravo desprovido” (RHC 161.813-ED-AgR/PE, Rel. Min. Gilmar

## HC 211266 / PR

Mendes, Segunda Turma).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II, DA LEI 8.137/90). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE NA VIA DO *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE. APRECIAÇÃO DOS REQUISITOS DA CONTINUIDADE DELITIVA. VEDAÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IGUAL OU INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, C, DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ORDEM DENEGADA” (HC 121.548/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma).

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. O regime de cumprimento da pena é fixado considerada a pena imposta e as circunstâncias judiciais. PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE – SUBSTITUIÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Circunstâncias judiciais negativas afastam a substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos” (RHC 135.786/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma).

Por fim, anoto que o Magistrado de primeiro grau não está obrigado a utilizar a quantidade em conjunto com a natureza das drogas apreendidas, como defende a impetrante.

Isso porque a fixação da pena-base nos crimes tipificados pela Lei de Drogas deve levar em conta, não só as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, como também os critérios adicionais previstos no art. 42 da norma específica. Vejamos:

## **HC 211266 / PR**

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com 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".

Com efeito, a natureza e a quantidade da droga são conceitos distintos, não se caracterizando, assim, em binômio indissociável. As substâncias entorpecentes podem ter natureza mais ou menos nocivas à saúde. Citando apenas as mais encontradas, a maconha é menos destrutiva que a cocaína ou o *crack*. Da mesma forma, a quantidade apreendida também pode ser valorada independentemente da natureza, sendo certo que 1kg de maconha tem valor de venda infinitamente menor que 1kg de cocaína, além dessa última atingir maior número de usuários, com a mesma quantidade daquela.

Assim, podem existir situações nas quais a natureza da maconha não seja fundamento idôneo para agravar a situação do réu, contudo, a apreensão de uma quantidade expressiva pode revelar uma intensa atividade de traficância apta a majorar o regime de cumprimento da pena, por exemplo. Em sentido contrário, a natureza potencialmente destrutiva da cocaína e do *crack*, por si só, já conduzem ao agravamento, mesmo que seja ínfima a quantidade apreendida.

Importante consignar, no caso, que o Magistrado de primeiro grau, ao mencionar que foram a apreendidos com o réu 23 invólucros de cocaína, pesando aproximadamente 6g, além de, no interior de sua residência, 91 invólucros de *crack*, pesando aproximadamente 11g, deu especial realce à variedade de drogas apreendidas, e não somente à natureza delas, circunstância que também reforça a possibilidade de separação da quantidade e da natureza para fins apenamento.

É ilustrativo, a esse respeito, o seguinte precedente da Segunda Turma desta Suprema Corte:

"*Habeas corpus.* Penal. Tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368/76). Pena. Redimensionamento. Questões não examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento da impetração. Possibilidade de concessão, de ofício, do *writ*, nas hipóteses de flagrante ilegalidade. Pena-base. Fixação de forma conglobada. Ausência de especificação do *quantum* atribuído a cada vetor negativo considerado. Irrelevância. Possibilidade de controle de sua legalidade pelas instâncias superiores. Inexistência de ofensa aos princípios da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais (arts. 5º, XLVI, e 93, IX, CF). Valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime e da conduta social do agente. Admissibilidade. Existência de base empírica idônea. Quantidade e natureza da droga (1.691 kg - mil seiscentos e noventa e um quilos de cocaína). Vetor a ser necessariamente considerado na dosimetria (art. 59 do CP). Crimes praticados durante dilatado lapso temporal. Uso de empresas de fachada para dar cobertura ao envio da droga. Ocultação da droga em partes de animais para ilaquear a fiscalização. [...]. Acentuada exasperação da pena-base justificada. [...]

[...]

7. As instâncias ordinárias, após indicarem os vetores que justificavam a exacerbção da pena-base, fixaram-na de forma conglobada, vale dizer, sem especificar o *quantum* de pena especificamente atribuído a cada um vetores considerados negativos.

8. Esse proceder não viola os princípios da individualização da pena e da motivação (arts. 5º, XLVI, e 93, IX, CF).

9. Para satisfazer ao imperativo de motivar a fixação da pena, 'a sentença não se há de subordinar necessariamente a fórmulas rígidas, particularmente à compartimentação estanque de sua fundamentação' (HC nº 67.589/MS, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 15/12/89).

10. Ainda que recomendável a atribuição de um *quantum*

de pena, isoladamente, a cada vetor considerado na primeira fase da dosimetria, sua inobservância não gera nulidade.

11. Com efeito, a fixação de pena-base conglobada não impede que as instâncias superiores exerçam o controle de sua legalidade e determinem seu reajustamento, se não houver base empírica idônea que confira suporte aos vetores invocados ou se desarrazoada a majoração havida.

12. Na espécie, houve motivação adequada para a valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime e da conduta social do paciente, demonstrando-se, com base em elementos concretos, o maior grau de censurabilidade da conduta, a justificar a acentuada exasperação de sua pena-base.

13. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, desde a égide da revogada Lei nº 6.368/76, de que a natureza e a quantidade da droga sempre constituíram motivação idônea para a exasperação da pena-base. Precedentes.

14. A Suprema Corte ressaltou, no RHC nº 123.367/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 21/11/14, que ‘a natureza e a quantidade da droga sempre constituíram vetores da dosimetria da pena, a título de ‘circunstâncias e consequências do crime’ (art. 59, CP)’.

15. No mesmo sentido, decidiu-se que ‘a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal’ (RHC nº 122.598/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/14).

**16. É evidente que, quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior potencial lesivo à sociedade, a exigir que a resposta penal seja proporcional ao crime praticado (HC nº 121.389/MS, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/10/14).**

**17. Na espécie, não bastasse a elevadíssima quantidade de droga apreendida (quase uma tonelada e setecentos quilos) e sua natureza (cocaína) – que constituiria, à época, a segunda**

**maior apreensão do gênero no País - , o paciente cometeu os crimes durante dilatado lapso temporal, agindo ainda na condição de representante de um dos maiores compradores de cocaína colombiana, tudo a evidenciar a maior censurabilidade de sua conduta.**

[...]

32. Cumpre, portanto, decotar o vetor negativo ‘consequências do crime’ no tocante à conduta descrita no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

33. *Habeas corpus* do qual não se conhece.

34. Concessão, de ofício, do *writ* para decotar o vetor ‘consequências do crime’ da primeira fase da dosimetria da pena do crime descrito no art. 12 da Lei nº 6.368/76, determinando-se ao juízo de primeiro grau que, motivadamente, fixe o quantum correspondente de redução da pena-base e, por via de consequência, redimensione a pena final” (HC 134.193/GO, Rel. Min. Dias Toffoli; grifei).

Com a mesma orientação:

**“Agravio regimental em *habeas corpus*. Pedido de sustentação oral. Inadmissibilidade. Expressa vedação legal. Artigo 131, § 2º, do Regimento Interno da Corte. Precedentes. Penal. Condenação. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Dosimetria. Bis in idem. Não ocorrência. Regimental não provido. 1. Em sede de agravo regimental, não se admite a sustentação oral de suas razões junto à Corte (RISTF, art. 131, § 2º). 2. Nos termos da pacífica jurisprudência da Corte, somente se opera o bis in idem quando o juízo sentenciante considera a natureza e a quantidade de droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda, o que não é o caso. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (HC 148.333-AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; grifos no original).**

**HC 211266 / PR**

Isso posto, com fundamento no art. 192 do Regimento Interno do STF, denego a ordem de *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília, 18 de janeiro de 2022.

**Ministro Ricardo Lewandowski**  
Relator