



HABEAS CORPUS

SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO

JULGAMENTOS - 01/01/2022.30/06/2022

MIN. ROSA WEBER

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mais informações: csl-edu.com.br

S
T
F

JANEIRO

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA

HABEAS CORPUS 210.695 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : ALEX TAVARES DE SOUZA
IMPTE.(S) : ALEX TAVARES DE SOUZA
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 676.256 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Apropriação indébita qualificada. Medidas cautelares diversas da prisão. Revogação. Não exaurimento da instância antecedente. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Negativa de seguimento. Precedentes.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Alex Tavares de Souza, em causa própria, contra decisão monocrática da lavra do Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de reconsideração no HC 676.256/SP (*evento 90*).

O Paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos, 03 (três) meses e 14 (catorze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime de apropriação indébita qualificada, tipificado no art. 168, § 1º, III, do Código Penal (*evento 78, fls. 62-8*).

Extraio do ato dito coator:

“(...).

Em que pese a defesa colacione aos autos novos documentos, não consta entre eles as cópias da sentença penal condenatória que estabeleceu as medidas cautelares alternativas à prisão, ou da decisão que determinou o uso do monitoramento eletrônico – sem as quais, reitero, é inviável a compreensão do caso e o exame da apontada coação ilegal.

À vista do exposto, indefiro o pedido de reconsideração. ”

HC 210695 / SP

No presente *writ*, a Defesa, em causa própria, sustenta ausência indícios suficientes de materialidade para a persecução penal. Argumenta inidônea a decisão que lhe suspendeu o exercício da advocacia. Aponta ser *'necessário que se comprove que os requisitos para a implementação cautelar subsistem'*, porquanto *'está a quase dois anos sob os efeitos das cautelares'*. Aduz cerceamento de defesa e inexistência do ilícito penal. Requer, em medida liminar, (i) a autorização para *consignar o valor de propriedade da Sra Elzira em uma conta judicial*; (ii) a suspensão das cautelares que impedem o paciente de exercer a advocacia, *'bem como a cautelar que impede o paciente de adentrar em seu escritório, de falar com o Dr Jaques e de usar tornozeleira'*. No mérito, pugna pelo reconhecimento da nulidade processual dada *'a inexistência de justa causa'*, *'omissão na análise do pedido de consignação ofertado na defesa preliminar do paciente'* ou *'inexistência de defesa efetiva'*.

É o relatório.

Decido.

Há óbice ao conhecimento do presente *writ*, uma vez não esgotada a jurisdição do Tribunal Superior antecedente. O ato impugnado é decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado.

O exaurimento da instância no Tribunal Superior é condição para instaurar a competência desta Suprema Corte com base nos artigos 102, I, 'i', e 102, II, 'a', da Constituição Federal. Como bem enfatizado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki *"o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de habeas corpus, de competência de outro tribunal. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de habeas corpus substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é, em verdade, medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do*

HC 210695 / SP

juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF” (HC 122.275/SP, Rel. Min. Teori Zavascki) (destaquei). No mesmo sentido: HC 113.468/SP, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.346/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 119.821/TO, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 122.381/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 170.518/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes; HC 173.084/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 186.452/SP, Rel. Min. Edson Fachin; HC 185.088/CE, Rel. Min. Roberto Barroso.

Nos dizeres sempre precisos do Ministro Celso de Mello, “[e]sta Suprema Corte (...) **compreende** que a cognoscibilidade da ação de “habeas corpus” supõe, em contexto idêntico ao de que ora se cuida, **a existência** de decisão colegiada da Corte Superior **apontada** como coatora, **situação inócurren**te na espécie” (HC 183.035/CE).

O **caso concreto** não autoriza superação desse entendimento, porquanto não identificadas situações excepcionais de flagrante ilegalidade ou de teratologia constatáveis de plano, ou, ainda, de *decisum* manifestamente contrário à jurisprudência desta Suprema Corte.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, § 1º, do RISTF), ficando prejudicado, em consequência, o exame do agravo regimental veiculado na Petição STF 208/2022.

Publique-se.

Brasília, 10 de janeiro de 2022.

Ministra Rosa Weber
Relatora

HABEAS CORPUS 211.038 MATO GROSSO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : LEANDRO LEVINALI ECCO
IMPTE.(S) : MATHEUS AMELIO DE SOUZA BAZZI E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Crime de concussão. Prisão preventiva. Não exaurimento da instância antecedente. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Negativa de seguimento.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Matheus Amélio de Souza Bazzi e outro em favor de Leandro Levinali Ecco, contra decisão monocrática da lavra do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o HC 715.438/MT (*evento 104*).

O Paciente foi preso preventivamente pela suposta prática do crime de concussão, tipificado no art. 316 do Código Penal (*evento 12, fl. 144*).

Extraio do ato dito coator:

“(…). Decido.

A matéria não pode ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois não foi examinada pelo Tribunal de origem, que ainda não julgou o mérito do writ originário.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que não cabe habeas corpus contra indeferimento de pedido de liminar em outro writ, salvo no caso de flagrante ilegalidade, conforme demonstra o seguinte julgado: (...).

Confira-se também a Súmula n. 691 do 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.’

HC 211038 / MT

No caso, não visualizo, em juízo sumário, manifesta ilegalidade que autorize o afastamento da aplicação do mencionado verbete, pois da decisão monocrática constou (fls. 334-335):

Inicialmente, anota-se que seria a hipótese permissiva de conhecimento em Plantão Judiciário, conforme art. 1º, §1º, 'a' e 'c', da Resolução 10/2013 deste egrégio Tribunal de Justiça, pois versa a causa de pedir sobre a liberdade do paciente. Diz-se seria porque, nada obstante tal possibilidade existe uma peculiaridade no caso concreto que impede seu processamento neste período, ou seja, a existência dos Habeas Corpus n. 1022013-61.811.0000; possuem as mesmas partes, bem como semelhante causa de pedir e pedido, distribuídos anteriormente ao Des. RUI RAMOS RIBEIRO. Além disso, os requisitos e fundamentos das prisões já foram objeto de exame pelo Desembargador RUI RAMOS RIBEIRO, quando da análise do liminar nos Habeas Corpus n. 1022013-61.811.0000 em 14/12/2021, ocasião em que foi indeferida a ordem liminar.

Ante o exposto, com fundamento no art. 21, XIII, c, c/c o art. 210 do RISTJ, indefiro liminarmente o presente habeas corpus."

No presente *writ*, a Defesa pugna pelo afastamento da Súmula 691/STF. Alega, em síntese, inidônea a fundamentação do decreto prisional, porquanto lastreada na gravidade abstrata do delito e ausentes os requisitos autorizadores. Sustenta falta de contemporaneidade entre a prisão cautelar e os fatos imputados ao Paciente. Aponta a existência de circunstâncias favoráveis ao paciente como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa. Requer, em medida liminar e no mérito, seja determinada a análise do pedido de liminar em *writ* pela Corte Estadual e, sucessivamente, a suspensão dos efeitos do decreto prisional com ou sem aplicação de medidas cautelares diversas.

É o relatório.

Decido.

Há óbice ao conhecimento do presente *writ*, uma vez não esgotada a

HC 211038 / MT

jurisdição do Tribunal Superior antecedente. O ato impugnado é decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado.

O exaurimento da instância no Tribunal Superior é condição para instaurar a competência desta Suprema Corte com base nos artigos 102, I, 'i', e 102, II, 'a', da Constituição Federal. Como bem enfatizado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki *“o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de habeas corpus, de competência de outro tribunal. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de habeas corpus substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é, em verdade, medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF”* (HC 122.275/SP, Rel. Min. Teori Zavascki) (destaquei). No mesmo sentido: HC 113.468/SP, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.346/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 119.821/TO, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 122.381/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 170.518/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes; HC 173.084/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 186.452/SP, Rel. Min. Edson Fachin; HC 185.088/CE, Rel. Min. Roberto Barroso.

Nos dizeres sempre precisos do Ministro Celso de Mello, *“[e]sta Suprema Corte (...) compreende que a cognoscibilidade da ação de “habeas corpus” supõe, em contexto idêntico ao de que ora se cuida, a existência de decisão colegiada da Corte Superior apontada como coatora, situação incorrente na espécie”* (HC 183.035/CE).

O **caso concreto** não autoriza superação desse entendimento, porquanto não identificadas situações excepcionais de flagrante ilegalidade ou de teratologia constatáveis de plano, ou, ainda, de *decisum* manifestamente contrário à jurisprudência desta Suprema Corte.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, §

HC 211038 / MT

1º, do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 10 de janeiro de 2022.

Ministra Rosa Weber

Relatora

HABEAS CORPUS 210.602 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : DENIR ALMEIDA SILVA
IMPTE.(S) : FERNANDO FARIA JUNIOR E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 682437 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Crimes de extorsão. Alegada demora no julgamento de *writ* impetrado junto ao Superior Tribunal de Justiça. Manifesta ilegalidade ou teratologia não identificadas. Negativa de seguimento.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Fernando Faria Junior e outros em favor de Denir Almeida Silva, contra conduta omissiva do Relator do HC 682.437/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, do Superior Tribunal de Justiça.

O Paciente foi condenado à pena de 15 (quinze) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias, em regime fechado, pela prática do crime de extorsão (art. 158, § 1º, do Código Penal).

No presente *writ*, os Impetrantes alegam, em síntese, demora injustificada da Corte Superior para o julgamento do HC 682.437/SP. Defendem a absolvição do paciente. Argumentam a possibilidade de concessão da prisão domiciliar visto que o paciente é idoso e pertence ao grupo de risco da *Covid-19*. Requerem, em medida liminar e no mérito, que a Corte Superior apresente o feito em mesa para julgamento, a concessão de prisão domiciliar e, sucessivamente, a expedição do competente alvará de soltura e a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

É o relatório.

Decido.

Em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifico que o HC 682.437/SP foi distribuído ao Ministro Joel Ilan Paciornik em 22.7.2021. Os autos vieram novamente conclusos, após o indeferimento do pedido de liminar, para julgamento com o parecer

HC 210602 / SP

ministerial em 29.9.2021.

Ao exame dos autos, reputo não configurada a alegada demora no julgamento do referido *writ*. Na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, *'a quantidade de demandas em trâmite no órgão judicial, a complexidade e a natureza das causas postas em juízo são fatores que não podem ser ignorados nesse exame de regularidade do desenvolvimento do processo. Em suma, não há inércia ou excesso de prazo atribuíveis ao Poder Judiciário a justificar a intervenção desta CORTE na ordem de trabalhos do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, qualquer juízo desta CORTE, enquanto não apreciadas pelo STJ as irresignações postas na presente impetração, implicaria supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências, o que não é admitido pela jurisprudência do STF (HC 196.351-AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 05.3.2021) e não se identifica, a princípio, uma tramitação heterodoxa do feito imputável apenas ao aparelho judiciário, tampouco configurada situação anômala que compromete a efetividade do processo ou desprezo estatal pela liberdade do cidadão (HC 142.177/RS, Rel. Min. Celso de Mello).*

Ademais, está sedimentado, em ambas as Turmas da Suprema Corte, que a demora no julgamento do *writ* impetrado ao Superior Tribunal de Justiça, por si só, não pode ser interpretada como negativa de prestação jurisdicional (HC 132.610-AgR/MS, Rel. Min. Dias Toffoli).

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, § 1º, do RISTF).

Encaminhe-se cópia desta decisão ao Ministro Relator do HC 682.437/SP, no Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Brasília, 11 de janeiro de 2022.

Ministra Rosa Weber

Relatora

HABEAS CORPUS 210.656 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : **ULISSES CORREIA DE ARAUJO JUNIOR**
IMPTE.(S) : **LUCAS OLIVEIRA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria. Minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Dedicção a atividades criminosas. Reexame do acervo fático-probatório. Inviabilidade. Manifesta ilegalidade ou teratologia não identificadas. Negativa de seguimento.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Lucas Oliveira em favor de Ulisses Correia de Araújo Júnior, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Joel Ilan Paciornik, que negou provimento ao agravo regimental no HC 642.483/SP.

O Paciente foi condenado definitivamente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 (*evento 4, fls. 14/21*).

Extraio do ato dito coator (*evento 5*):

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO FÁTICA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM BEM FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

2. In casu, o Tribunal de origem pela inaplicabilidade do dispositivo, ante a constatação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a considerável quantidade de

HC 210656 / SP

droga apreendida (6,5kg de maconha), somando-se ao fato de que estaria praticando a traficância como meio de vida.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Agravo Regimental desprovido. ”

No presente *writ*, a Defesa alega, em síntese, a possibilidade de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com repercussão no regime prisional e na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aponta a existência de circunstâncias favoráveis ao Paciente como primariedade e bons antecedentes, trabalho lícito, família constituída e residência fixa. Requer, em medida liminar e no mérito, o redimensionamento da pena e a detração penal, com a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando.

É o relatório.

Decido.

De partida, assento que a jurisprudência desta Corte é no sentido da inviabilidade, como regra, de utilização do *writ* como sucedâneo recursal ou revisão criminal (RHC 123.813/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 21.11.2014; HC 121.255/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01.8.2014), com ressalva, nesta última hipótese, de serem os fatos incontroversos (HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 12.4.2019).

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

Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a **aplicação da causa de**

HC 210656 / SP

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

Nesse espectro, *“A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.”* (HC 131.795/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 17.5.2016).

In casu, o Tribunal estadual, ao dar provimento à apelação ministerial - reformando a sentença de primeiro grau-, destacou que *“não é o caso de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. O acusado trazia consigo e guardava elevada quantidade de entorpecentes (quase 6,5 quilos de maconha), sendo que em sua casa ainda foram encontrados 2 rolos de plástico filme e 1 balança de precisão (instrumentos comumente utilizados na prática da traficância), num cenário a indicar um acentuado envolvimento no comércio de drogas, ou seja, a não ocasionalidade da conduta. Decididamente, cuida-se de uma situação que não combina com um novato no comércio de drogas. Quadro, pois, a desnudar que se trata de pessoa dedicada às atividades criminosas ”* (evento 4, fls. 17-8).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, manteve o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, visto que *“a reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. ”*

Desse modo, uma vez definida com apoio nos elementos probatórios produzidos ao longo do processo penal de conhecimento a dedicação do Paciente a atividades criminosas, fica obstruída a possibilidade de reconhecimento da causa de diminuição de pena objeto do § 4º do art. 33

HC 210656 / SP

da Lei nº 11.343/2006.

Para concluir em sentido diverso quanto à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Nesse sentido, a jurisprudência desta Suprema Corte entende que *“A tese defensiva de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, afastada pelas instâncias anteriores dada a constatação de o paciente integrar organização criminosa e/ou dedicar-se à atividades delitivas, demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita”* (RHC 140.006-AgR/MS, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 15.12.2017); *“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”* (RHC 144.290-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 20.10.2017); *“Observância do entendimento desta Segunda Turma segundo o qual não cabe o revolvimento de fatos e provas em habeas corpus se as instâncias ordinárias assentaram, justificadamente, que o réu se dedicava à atividade criminosa, para negar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006”* (RHC 142.830/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 23.8.2017); e *“A invocação pelas instâncias ordinárias de que o paciente se dedicava à atividade criminosa obsta, de fato, a aplicação da benesse do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sendo certo que afastar essa premissa demandaria o reexame dos fatos e das provas, o qual o habeas corpus não comporta”* (HC 141.292/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 23.5.2017).

Permanecendo inalterada a dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias anteriores, incabível a fixação de regime prisional mais brando, nos termos do art. 33 do Código Penal.

Inexistente, pois, manifesta ilegalidade ou arbitrariedade no ato hostilizado passível de correção na presente via.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, § 1º, RISTF).

Publique-se.

Brasília, 13 de janeiro de 2022.

HC 210656 / SP

Ministra Rosa Weber
Relatora

HABEAS CORPUS 211.224 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **CARLOS JOSE DA SILVA JUNIOR**
IMPTE.(S) : **MARCOS LEITE RIBEIRO HOLLOWAY**
COATOR(A/S)(ES) : **PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

HABEAS CORPUS. ATUAÇÃO SUBSTITUTIVA. ART. 14 C/C O ART. 13, VIII, AMBOS DO RISTF. NÃO SE CONHECE DE HABEAS CORPUS CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM OUTRO HABEAS CORPUS REQUERIDO A TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 691/STF. EXCEPCIONALIDADE. SUPERAÇÃO. CRIME DE ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA (SEMIABERTO) FIXADO NA SENTENÇA. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Marcos Leite Ribeiro Holloway e outros em favor de Carlos José da Silva Junior, contra decisão monocrática do Ministro Humberto Martins, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido de liminar no HC 717.267/SP.

O Paciente foi condenado à pena de 06 (seis anos) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II, e §2º-A, do CP), tendo-lhe sido negado, pelo juízo sentenciante, o direito de recorrer em liberdade.

Extraio do ato dito coator:

“(…).

Em juízo de cognição sumária, verifica-se que inexistente flagrante ilegalidade que justifique o deferimento do pleito liminar em regime de plantão.

HC 211224 / SP

Considerando que o pedido se confunde com o próprio mérito da impetração, deve-se reservar ao órgão competente a análise mais aprofundada da matéria por ocasião do julgamento definitivo.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar."

No presente *writ*, a Defesa reputa inidôneos os fundamentos invocados para a manutenção da prisão cautelar do Paciente. Sustenta a incompatibilidade da prisão preventiva com o regime inicial semiaberto fixado na sentença condenatória. Requer, em medida liminar e no mérito, a concessão do direito de o Paciente de recorrer em liberdade.

É o relatório.

Decido.

À falta de pronunciamento final do colegiado do Superior Tribunal de Justiça, a pretensão esbarra na Súmula nº 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.*

Nesse sentido a jurisprudência desta Casa, que, todavia, na linha dos arts. 654, § 2º, do CPP e 192, *caput*, do RISTF, autoriza o afastamento do óbice em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade, como ora se identifica, quanto à manutenção da prisão preventiva do paciente.

Como dito, o Paciente foi condenado à pena corporal 06 (seis anos) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em **regime inicial semiaberto**, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II, e §2º-A, do CP), **sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.**

Ora, uma vez estabelecido o regime inicial de cumprimento da pena na sentença condenatória – *no caso, regime inicial semiaberto* –, a denegação do direito de o sentenciado recorrer em liberdade há de estar compatibilizada às condições do regime determinado na sentença, o que aqui não ocorreu.

Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que, fixado o regime inicial menos severo que o fechado, *“a manutenção da prisão preventiva, própria das cautelares, representaria, em última análise, a legitimação da execução provisória da pena em regime mais*

HC 211224 / SP

gravoso do que o fixado no próprio título penal condenatório” (HC 165.932/SP, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 14.12.2018).
Precedentes: HC 115.786/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 20.8.2013; HC 114.288/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 07.6.2013.

Na mesma linha, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA.

I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, a manutenção da prisão provisória é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado. Precedentes.

II - Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente e determinar a sua imediata soltura, sem prejuízo da fixação pelo juízo sentenciante, de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.

(HC 138.122/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 22.5.2017 – destaquei).

*Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas. Paciente surpreendido na posse de pouco menos de 7 (sete) quilos de cocaína na tentativa de embarcar para a Nigéria. Condenação. Dosimetria. Incidência da causa especial de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo. Impossibilidade. Dedicção à atividade criminosa reconhecida por instância ordinária. Improriedade do habeas corpus para se revolver o contexto fático probatório da causa e para concluir diversamente. Precedentes. Denegação da ordem. **Fixação de regime inicial semiaberto. Vedação ao direito de recorrer em liberdade. Incompatibilidade. Violação do princípio da proporcionalidade. Precedentes. Habeas corpus concedido de ofício. (...) 5. A vedação ao direito de recorrer em liberdade***

HC 211224 / SP

revela-se incompatível com o regime inicial semiaberto fixado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 6. A situação traduz verdadeiro constrangimento ilegal, na medida em que se impõe ao paciente, cautelarmente, regime mais gravoso a sua liberdade do que aquele estabelecido no próprio título penal condenatório para o cumprimento inicial da reprimenda, em clara afronta, portanto, ao princípio da proporcionalidade. 7. Ordem concedida de ofício.

(HC 141.292/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 23.5.2017 – destaquei)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. INCOMPATIBILIDADE. REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. EXTENSÃO DOS EFEITOS A COACUSADO.

1. A prisão preventiva é a medida cautelar mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência. Não pode, jamais, revelar antecipação de pena. Precedentes.

2. O aspecto cautelar próprio da segregação provisória, do que decorre o enclausuramento pleno do agente, não admite qualquer modulação para adequar-se a regime inicial mais brando (semiaberto) definido em sentença condenatória superveniente.

3. No caso, o Superior Tribunal de Justiça determinou, liminarmente, o cumprimento da prisão preventiva do paciente em estabelecimento condizente com o regime prisional semiaberto, que fora estabelecido na sentença penal condenatória.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, confirmando-se a medida liminar. Extensão dos seus efeitos a coacusado.

(HC 132.923, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 26.4.2016 – destaquei).

HC 211224 / SP

Colho, ainda, de julgado sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, “*que eventual manutenção da prisão preventiva em regime semiaberto, além de carecer de amparo legal, desvirtua o instituto da prisão preventiva, que, como se sabe, pressupõe cerceamento pleno do direito de locomoção. Tal situação acarreta a admissão de verdadeira antecipação do cumprimento da pena sem a definição da responsabilidade criminal do acusado*” (HC 180.131/MS, DJe 13.02.2020). Esse mesmo entendimento foi reafirmado por Sua Excelência, em recentíssima decisão, proferida em 19.7.2021, no HC 204.618/SC, DJe 21.7.2021.

Diante do exposto, forte no art. 13, VIII, c/c o art. 14 do RISTF, e sem prejuízo de posterior reexame da matéria pelo eminente Ministro Relator, **defiro a liminar para revogar a prisão preventiva** do Paciente Carlos Jose da Silva Junior, facultando ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas/SP (Processo nº 1500988-20.2021.8.26.0548) a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP).

Deverá o Paciente ser imediatamente colocado em liberdade, **se por outra razão não estiver preso.**

Comunique-se, com urgência.

Após, ao Ministério Público Federal para manifestação.

Findo o recesso, encaminhem-se os autos ao Ministro Relator.

Publique-se.

Brasília, 14 de janeiro de 2022.

Ministra Rosa Weber

Vice-Presidente

(art. 14 c/c o art. 13, VIII, RISTF)

HABEAS CORPUS 211.275 PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : MARCOS PAULO BARROS
IMPTE.(S) : IVANILSON DA SILVA ALBUQUERQUE
COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ATUAÇÃO SUBSTITUTIVA. ART. 14 C/C O ART. 13, VIII, AMBOS DO RISTF. NÃO SE CONHECE DE HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXCEPCIONALIDADE. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CRIMES DE POSSE IRREGULAR DE ARMAS DE FOGO DE USO RESTRITO E PERMITIDO, RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA (SEMIABERTO) FIXADO NA SENTENÇA. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Ivanilson da Silva Albuquerque em favor de Marcos Paulo Barros, contra decisão monocrática do Ministro Humberto Martins, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o HC 717.504/PE.

O Paciente foi condenado à pena de 06 (seis anos) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes de posse irregular de armas de fogo de uso restrito e permitido, recepção e uso de documento falso (arts. 16, parágrafo único, IV, e 12, *caput*, ambos da Lei n. 10.826/03 e arts. 180 e 304, ambos do Código Penal), tendo-lhe sido negado, pelo juízo sentenciante, o direito de recorrer em liberdade.

Extraio do ato dito coator:

HC 211275 / PE

“(...)”

A matéria não pode ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois não foi examinada pelo Tribunal de origem, que ainda não julgou o mérito do writ originário.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que não cabe habeas corpus contra indeferimento de pedido liminar em outro writ, salvo no caso de flagrante ilegalidade, conforme demonstra o seguinte precedente:

(...)”

Confira-se também a Súmula n. 691 do 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.” No caso, não visualizo, em juízo sumário, manifesta ilegalidade que autorize o afastamento da aplicação do mencionado verbete sumular.

*Ante o exposto, com fundamento no art. 21-E, IV, c/c o art. 210, ambos do RISTJ, **indefiro liminarmente** o presente habeas corpus.”*

No presente *writ*, a Defesa reputa inidôneos os fundamentos invocados para a manutenção da prisão cautelar do Paciente. Sustenta a incompatibilidade da prisão preventiva com o regime inicial semiaberto fixado na sentença condenatória. Requer, em medida liminar e no mérito, a concessão do direito de o Paciente de recorrer em liberdade.

É o relatório.

Decido.

De partida, registro a existência de óbice ao conhecimento do presente *writ*, uma vez não esgotada a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, pois o ato impugnado é decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado. Deveria a Defesa, pretendendo a reforma da decisão monocrática, ter manejado agravo regimental para que a questão fosse apreciada pelo órgão colegiado (HC 122.275-AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 01.7.2014).

Não obstante, a jurisprudência desta Casa, na linha dos arts. 654, § 2º, do CPP e 192, *caput*, do RISTF, **autoriza o afastamento do óbice em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade** (HC 129.553/SP, de

HC 211275 / PE

minha relatoria, 1ª Turma, DJe 13.10.2015).

Em juízo de cognição sumária, verifico a ocorrência de flagrante ilegalidade a interferir no *status libertatis* do Paciente, o que autoriza a superação do obstáculo processual acima citado.

Como dito, o Paciente foi condenado à pena corporal 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em **regime inicial semiaberto, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.**

Ora, uma vez estabelecido o regime inicial de cumprimento da pena na sentença condenatória – *no caso, regime inicial semiaberto* –, a denegação do direito de o sentenciado recorrer em liberdade há de estar compatibilizada às condições do regime determinado na sentença, o que aqui não ocorreu.

Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que, fixado o regime inicial menos severo que o fechado, “*a manutenção da prisão preventiva, própria das cautelares, representaria, em última análise, a legitimação da execução provisória da pena em regime mais gravoso do que o fixado no próprio título penal condenatório*” (HC 165.932/SP, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 14.12.2018). Precedentes: HC 115.786/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 20.8.2013; HC 114.288/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 07.6.2013.

Na mesma linha, destaque:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA.

I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, a manutenção da prisão provisória é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado. Precedentes.

II - Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente e determinar a sua imediata soltura, sem prejuízo da fixação pelo juízo sentenciante, de uma ou mais medidas

HC 211275 / PE

cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.”

(HC 138.122/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 22.5.2017 – destaquei).

“*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de drogas. Paciente surpreendido na posse de pouco menos de 7 (sete) quilos de cocaína na tentativa de embarcar para a Nigéria. Condenação. Dosimetria. Incidência da causa especial de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo. Impossibilidade. Dedicção à atividade criminosa reconhecida por instância ordinária. Impropriedade do habeas corpus para se revolver o contexto fático probatório da causa e para concluir diversamente. Precedentes. Denegação da ordem. **Fixação de regime inicial semiaberto. Vedação ao direito de recorrer em liberdade. Incompatibilidade. Violação do princípio da proporcionalidade. Precedentes. Habeas corpus concedido de ofício.** (...) 5. A vedação ao direito de recorrer em liberdade revela-se incompatível com o regime inicial semiaberto fixado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 6. A situação traduz verdadeiro constrangimento ilegal, na medida em que se impõe ao paciente, cautelarmente, regime mais gravoso a sua liberdade do que aquele estabelecido no próprio título penal condenatório para o cumprimento inicial da reprimenda, em clara afronta, portanto, ao princípio da proporcionalidade. 7. Ordem concedida de ofício.”

(HC 141.292/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 23.5.2017 – destaquei)

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. INCOMPATIBILIDADE. REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. EXTENSÃO DOS EFEITOS A COACUSADO.

1. A prisão preventiva é a medida cautelar mais grave no

HC 211275 / PE

processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência. Não pode, jamais, revelar antecipação de pena. Precedentes.

2. O aspecto cautelar próprio da segregação provisória, do que decorre o enclausuramento pleno do agente, não admite qualquer modulação para adequar-se a regime inicial mais brando (semiaberto) definido em sentença condenatória superveniente.

3. No caso, o Superior Tribunal de Justiça determinou, liminarmente, o cumprimento da prisão preventiva do paciente em estabelecimento condizente com o regime prisional semiaberto, que fora estabelecido na sentença penal condenatória.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, confirmando-se a medida liminar. Extensão dos seus efeitos a coacusado.”

(HC 132.923, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 26.4.2016 – destaquei).

Colho, ainda, de julgado sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, *‘que eventual manutenção da prisão preventiva em regime semiaberto, além de carecer de amparo legal, desvirtua o instituto da prisão preventiva, que, como se sabe, pressupõe cerceamento pleno do direito de locomoção. Tal situação acarreta a admissão de verdadeira antecipação do cumprimento da pena sem a definição da responsabilidade criminal do acusado’* (HC 180.131/MS, DJe 13.02.2020). Esse mesmo entendimento foi reafirmado por Sua Excelência, em recentíssima decisão, proferida em 19.7.2021, no HC 204.618/SC, DJe 21.7.2021.

Diante do exposto, forte no art. 13, VIII, c/c o art. 14 do RISTF, e sem prejuízo de posterior reexame da matéria pelo eminente Ministro Relator, **defiro a liminar para revogar a prisão preventiva** do Paciente Marcos Paulo Barros, facultando ao Juízo da Vara Única da Comarca de São Caetano/PE (Processo nº 0000166.04.2020.8.17.0480) a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP).

Deverá o Paciente ser imediatamente colocado em liberdade, **se por**

HC 211275 / PE

outra razão não estiver preso.

Comunique-se, com urgência.

Após, ao Ministério Público Federal para manifestação.

Findo o recesso, encaminhem-se os autos ao Ministro Relator.

Publique-se.

Brasília, 17 de janeiro de 2022.

Ministra Rosa Weber

Vice-Presidente

(art. 14 c/c o art. 13, VIII, RISTF)

HABEAS CORPUS 210.238 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : JEAN AUGUSTO ANDRADE
IMPTE.(S) : BRUNO MACHADO DA SILVA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria. Minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Dedicção a atividades criminosas. Reexame do acervo fático-probatório. Inviabilidade. Regime prisional mais gravoso. Fundamentação concreta. *Bis in idem.* Supressão de instância. Manifesta ilegalidade ou teratologia não identificadas. Negativa de seguimento.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Bruno Machado da Silva em favor de Jean Augusto Andrade, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Ribeiro Dantas, que negou provimento ao agravo regimental no HC 704.308/SP (*evento 5*).

O paciente foi condenado à pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006).

Extraio do ato dito coator:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME MAIS SEVERO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n.

HC 210238 / SP

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 integrem organizações criminosas.

2. Hipótese em que a Corte de origem manteve afastada a incidência da minorante por entender que, não só a quantidade de drogas apreendida - 21 tijolos de maconha (16kg), mas o modus operandi do delito e a confissão do agente sobretudo a respeito dos valores envolvidos na empreitada criminosa não deixam dúvida do seu envolvimento habitual com grupo criminoso. Ressaltou, ainda, que "o afastamento da aplicação da benesse da lei especial não se viu alicerçar apenas na quantidade da droga apreendida, mas também na confissão do apelante, e no fato de que foi buscar a droga em Unidade diversa da Federação, o que revela maior reprovabilidade e indica sua plena inserção no submundo do comércio ilícito de drogas." (e-STJ, fl. 374) Logo, assentado no acórdão impugnado que o ora agravante se dedica ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem justificou a escolha do regime inicial fechado - para a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão - haja vista a aferição negativa das circunstâncias judiciais (mais de 16kg de maconha) conforme autoriza o art. 33, § 2º e 3º, III, "a", do CP.

4. Agravo regimental desprovido."

No presente *writ*, o Impetrante alega, em síntese, a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena e a possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Argumenta que o '*fato de alguém transportar determinada quantidade de droga não significa que integre organização criminosa ou mesmo que se dedique à prática de crimes*'. Sustenta '*a circunstância de o paciente ter sido flagrado enquanto transportava*

HC 210238 / SP

drogas entre Unidades da Federação distintas foi devidamente sopesada como motivo agravante da pena quando da prolação da sentença, de modo que afastar o tráfico privilegiado calcado no mesmo fundamento consiste em bis in idem'. Aponta a existência de circunstâncias favoráveis ao Paciente, como primariedade e bons antecedentes. Aduz, ainda, fundamentação inidônea para fixação do regime inicial fechado, porquanto '[a]s razões invocadas pelo Tribunal recorrido para negar ao paciente o estabelecimento de regime prisional semiaberto não é mais do que impressões do julgador acerca do caso o que, definitivamente, não pode ser aceito, até mesmo consoante o que dispõe a Súmula 719/STF'. Requer, em liminar e no mérito, 'a aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como substituir o regime mais severo para diverso do fechado, tendo em vista que o paciente possui todos os requisitos objetivos e subjetivos para tais benesses'.

É o relatório.

Decido.

De partida, assento que a jurisprudência desta Corte é no sentido da inviabilidade, como regra, de utilização do *writ* como sucedâneo recursal ou revisão criminal (RHC 123.813/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 21.11.2014; HC 121.255/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01.8.2014), com ressalva, nesta última hipótese, de serem os fatos incontroversos (HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 12.4.2019).

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

Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a **aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006**. Cabe às instâncias anteriores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se

HC 210238 / SP

aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o *habeas corpus* para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade.

Nesse espectro, “A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.” (HC 131.795/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 17.5.2016).

O Tribunal local ao ratificar a dosimetria da pena do Paciente reputou que:

“A forma como embalada e acondicionada a droga, as circunstâncias de sua apreensão, sua grande quantidade pouco mais de 16 quilogramas de maconha, a conseqüente prisão em flagrante do indigitado, somadas a sua confissão, aos coerentes depoimentos policiais e a sua situação econômica não trouxe prova de ocupação lícita não deixam margem a dúvidas da prática da traficância.

De rigor, pois, a condenação, quedando inalteradas as penas, que contaram com consentânea exasperação, na fase inicial da dosimetria, decorrente da grande quantidade de droga apreendida, voltando ao mínimo legal, na fase subsequente, com arrimo no reconhecimento da confissão espontânea, com nova majoração na fase derradeira com esteio no fato de que a droga veio de Unidade diversa da Federação com destino a cidade deste Estado.

As circunstâncias em que perpetrado o delito, que contou com apreensão de grande quantidade de droga, somadas à confissão do apelante, o qual adquiriu a droga em Unidade diversa da Federação, em viagem de grande extensão até o destino final, não demonstrando qualquer receio de eventual desfecho inglório no desatino, são sintomáticas de sua inserção no submundo da mercancia ilícita, não estando a recomendar a aplicação da benesse da lei especial, sendo clara demonstração de que ele se dedicava a atividade criminosa ou de que atuava em organização criminosa.

Não se exige grande esforço mental para se deduzir que pela

HC 210238 / SP

quantidade de drogas que trazia consigo, de expressivo valor econômico, gozava o inculpado da confiança de seu fornecedor, o que não se adquire em pouco espaço de tempo.

Registra-se que o afastamento da aplicação da benesse da lei especial não se viu alicerçar apenas na quantidade da droga apreendida, mas também na confissão do apelante, e no fato de que foi buscar a droga em Unidade diversa da Federação, o que revela maior reprovabilidade e indica sua plena inserção no submundo do comércio ilícito de drogas.

Daí que não se há falar em 'bis in idem', valendo-se, a douta sentenciante, de argumentos distintos para a majoração da pena-base e para a não aplicação do § 4º do artigo 33 da lei especial.

Adequada a fixação do mais gravoso dos regimes prisionais ante a gravidade concreta do delito perpetrado, notória a nocividade das drogas apreendidas, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de clientes aos borbotões.

Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: HC 257327/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013.

Não se desconhece a nocividade de drogas como a maconha, a par do que pregam os mais incautos, conduzindo os que optam por enveredar por essa seara a caminhos muitas vezes sem volta, em total descompasso com os valores apregoados pela Sociedade; não fosse pelo 'quantum' da pena aplicada e tal argumento seria suficiente a inviabilizar a aplicação do que dispõe o artigo 44 do Código Penal.

O tráfico de drogas no caso sob juízo habitual é verdadeiro fomentador de crimes das mais variadas estirpes, no mais praticados sob o manto da violência, não se coaduna com a natureza das penas alternativas ou mesmo com regimes prisionais menos severos que o fechado, insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis. ”

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, manteve o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, visto que *'assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o réu é contumaz no comércio espúrio, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a*

HC 210238 / SP

minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus’.

Desse modo, uma vez definida com apoio nos elementos probatórios produzidos ao longo do processo penal de conhecimento a dedicação do Paciente a atividades criminosas, fica obstruída a possibilidade de reconhecimento da causa de diminuição de pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Para concluir em sentido diverso quanto à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Nesse sentido, a jurisprudência desta Suprema Corte entende que *“A tese defensiva de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, afastada pelas instâncias anteriores dada a constatação de o paciente integrar organização criminosa e/ou dedicar-se à atividades delitivas, demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita”* (RHC 140.006-AgR/MS, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 15.12.2017); *“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”* (RHC 144.290-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 20.10.2017); *“Observância do entendimento desta Segunda Turma segundo o qual não cabe o revolvimento de fatos e provas em habeas corpus se as instâncias ordinárias assentaram, justificadamente, que o réu se dedicava à atividade criminosa, para negar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006”* (RHC 142.830/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 23.8.2017); e *“A invocação pelas instâncias ordinárias de que o paciente se dedicava à atividade criminosa obsta, de fato, a aplicação da benesse do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sendo certo que afastar essa premissa demandaria o reexame dos fatos e das provas, o qual o habeas corpus não comporta”* (HC 141.292/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 23.5.2017).

Lado outro, quanto ao regime prisional, destaco que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias

HC 210238 / SP

judiciais do art. 59 do Código Penal, conforme remissão do artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal - *“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”*. Nessa linha, *‘a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão lastreada nas particularidades do caso, 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’* (HC 144.805-AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, DJe 16.10.2017).

No caso, o Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao agravo regimental no *habeas corpus*, ratificou as decisões anteriores quanto ao regime prisional fixado (fechado), tendo em vista que, *‘embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos, as instâncias ordinárias justificaram a escolha do regime inicial fechado, com fundamento nas circunstâncias concretas do delito - especialmente a quantidade de drogas apreendidas (mais de 16kg de maconha) que foi inclusive valorada na primeira fase da dosimetria, conforme autoriza o art. 33, §2º e 3º, III, “a”, do CP. Assim, não há se falar em contrariedade à Súmula 440 desta Corte’*.

Assim, não obstante o preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal – primariedade e pena entre 04 e 08 anos – para o cumprimento da pena em regime semiaberto, foram apontados fundamentos idôneos para justificar a imposição do regime mais gravoso (fechado) – a natureza e a quantidade de drogas apreendidas.

Nesse contexto, a solução do ato dito coator está parametrizada com a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido da *‘possibilidade de o juiz fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido (RHC nº 125.077/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 4/3/15)’* (RHC 132.328/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 30.5.2016); e *‘A teor das normas de regência, além da quantidade de pena, a fixação do regime inicial deve observar as circunstâncias*

HC 210238 / SP

sopesadas no desenrolar da dosimetria da pena, notadamente, na hipótese de tráfico de drogas, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos' (HC 140.720/AM, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe 02.6.2017).

Desse modo, permanecendo inalterada a dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias anteriores em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão e considerada a quantidade da droga apreendida, incabível a fixação de regime prisional mais brando, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c/c art. 42 da Lei de Drogas.

Por fim, quanto ao alegado *bis in idem* na operação dosimétrica da pena do paciente, observo que a matéria não foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Portanto, há óbice à apreciação do *writ*, nesse ponto, pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância. Cito, nessa linha, precedentes: HC 134.957-AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 24.02.2017; RHC 136.311/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 21.02.2017; RHC 133.974/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 03.3.2017; e HC 136.452-ED/DF, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 10.02.2017.

De qualquer maneira, mesmo que superado referido óbice, o que se afirma por mera concessão dialética, não detecto constrangimento ilegal ou teratologia hábil à concessão da ordem de ofício.

Com efeito, a concessão *ex officio* da ordem de *habeas corpus* é medida extraordinária, que somente tem lugar nas hipóteses em que a ilegalidade ou o abuso de poder seja flagrante a ponto de justificar a relativização das regras de competência que regem o processo penal, corolários das garantias fundamentais do juiz natural e do devido processo legal.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, § 1º, RISTF).

Publique-se.

Brasília, 18 de janeiro de 2022.

Ministra Rosa Weber

Relatora