EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REITERAÇÃO DE IMPETRAÇÃO ANTERIOR. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que “não se conhece de habeas corpus em que se reitera a pretensão veiculada em writ anteriormente impetrado” (HC 112.645/TO, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, DJe 08.6.2012). 3. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 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. **4. Na hipótese, adequada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal dada 'a expressiva quantidade de droga apreendida – 57 kg de maconha'**. 5. 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. 6. Agravo regimental conhecido e não provido.

(HC 132475 AgR, Relator(a):  Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Tráfico internacional de drogas (art. 33, c/c o art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06). Condenação. Reconhecimento da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Questão não submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância configurada que obsta sua apreciação pela Corte. Precedentes. Prisão preventiva. Pretendida revogação. Impossibilidade. Gravidade em concreto da conduta. **Natureza e quantidade expressiva da droga apreendida (1,85 kg de cocaína)**. Precedentes. Recurso não provido. 1. O tema atinente ao reconhecimento da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não foi submetido ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, de modo que não pode ser debatido de forma originária por este Supremo Tribunal Federal, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância e em grave violação das regras de competência. 2. A gravidade em concreto da conduta da recorrente, evidenciada pela natureza e pela quantidade expressiva da droga apreendida em seu poder (1,85 kg de cocaína), justifica sua prisão preventiva, tendo em vista a garantia da ordem pública. 3. É firme o entendimento da Corte no sentido de que “[a] natureza e a quantidade da droga apreendida evidenciam a gravidade concreta da conduta capaz de justificar a ordem de prisão preventiva” (HC nº 127.814/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 15/6/15). 4. Recurso não provido.

(RHC 128797, Relator(a):  Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 27-05-2016 PUBLIC 30-05-2016)

EMENTA Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática do relator de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Extinção do writ. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Imposição, na sentença, com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Incidência desse dispositivo afastada, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça. Hipótese, todavia, em que o regime prisional mais gravoso foi mantido, em sede de recurso exclusivo da defesa, com fundamentos inovadores, em substituição à motivação adotada em primeiro grau de jurisdição. Ratificação desse entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Precedente. Ilegalidade flagrante. Constrangimento ilegal manifesto. Ordem concedida de ofício. 1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não vem admitindo a impetração de habeas corpus que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça que não tenha sido submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/4/14). 2. É vedada, em recurso exclusivo da defesa, a utilização de fundamentos inovadores, após o afastamento daquele adotado na decisão recorrida, para justificar a adoção do regime prisional mais gravoso, sob pena de reformatio in pejus. 3. A sentença que condenou o paciente à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, fixou o regime inicial fechado com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Logo, não poderia o Tribunal, ao reconhecer, em recurso exclusivo da defesa, a inconstitucionalidade daquele dispositivo, afirmar que não seria razoável nem socialmente recomendável a fixação do regime semiaberto, **“com base na expressiva quantidade e natureza extremamente nociva da droga apreendida (408 buchas de crack)”.** 4. habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita. Ordem, todavia, concedida de ofício.

(HC 121449, Relator(a):  Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-10-2014 PUBLIC 07-10-2014)

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA APREENDIDA (60 KG). DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO OCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE. I – O acórdão do TJSP que minorou a pena-base, mas ainda a manteve acima do mínimo legal, não merece nenhum reparo, pois fez preponderar no cálculo a expressiva quantidade e a qualidade da droga apreendida (60 kg de cocaína), em observância ao que dispõe o art. 42 da Lei 11.343/2006. II – O quantum de pena fixado pelo TJSP, 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mostra-se proporcional ao caso em apreço, sendo certo que não se pode utilizar “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 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). Precedentes. III – Os autos dão conta de que o suposto envolvimento do recorrente com organização criminosa foi o argumento invocado para a não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. IV – Ocorre que o STJ, analisando outro HC da defesa lá impetrado, o 208.886/SP, absolveu o recorrente do delito de associação para o tráfico. Como se sabe, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 é expresso a condicionar a aplicação da minorante, entre outros fatores, ao não envolvimento com organização criminosa, não havendo mais óbice para a sua não aplicação. V – Uma vez que a quantidade de droga foi levada em conta no momento da mensuração da pena-base, a fixação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 é medida que se impõe. VI – Recurso ordinário ao qual se dá provimento em parte, para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que proceda à nova dosimetria da pena, respeitadas as diretrizes firmadas por esta Turma, ou seja, aplicando o redutor na fração que entender pertinente ao recorrente, justificadamente.

(RHC 121239, Relator (a):  Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014)

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRATICADO EM RECINTO DESTINADO À RECREAÇÃO (ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO OU NÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 (OITO) ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CP). FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO HC 111.840. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS SEVERO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 719 DO STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. 2. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12. 3. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010. 4. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 que determina o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crime hediondo, necessariamente, no regime fechado foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012. 5. O artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal determina que “o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto”. 6. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719 do STF). 7. In casu, a) o paciente foi preso em flagrante, em 25/5/2010, em um ponto de ônibus, na posse de 48 (quarenta e oito) trouxinhas de cocaína, que estaria comercializando em uma praça pública, sendo condenado, em 12/7/2011, à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006. b) O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, no julgamento do recurso de apelação, destacou que “das provas dos autos extrai-se que o recorrido dedicava-se à atividade criminosa, fazendo do tráfico de drogas a sua fonte de renda, tendo confessado em juízo que já vinha comercializando entorpecentes há aproximadamente um mês e que ele mesmo adquiria e preparava o narcótico para venda. **Ademais, foi apreendida na posse do apelado quantidade expressiva de (48 trouxinhas de cocaína),** (...) caracterizando, dessa forma, a sua dedicação à atividade criminosa, não cabendo, portanto, a aplicação da minorante em questão”. 8. Recurso ordinário parcialmente provido para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que afastado o óbice constante do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o recorrente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 117822, Relator(a):  Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 07-11-2013 PUBLIC 08-11-2013)