



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.065 - SP (2016/0331301-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **RENATO LOSINSKAS HACHUL E OUTROS**
ADVOGADO : **RENATO LOSINSKAS HACHUL E OUTRO(S) - SP307340**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **JOSENITA DE FATIMA ARAUJO LIMA**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º-B, DO CP. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE EXTENSÃO DA PENA IMPOSTA A COAUTOR EM AÇÃO PENAL DISTINTA. PENA NÃO IMPOSTA NO ÂMBITO DESTA CORTE. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 580 DO CPP PELO STJ. EXISTÊNCIA DE PARTICULARIDADES PRÓPRIAS DE CADA CONDUTA ASSENTADA PELA CORTE LOCAL EM JULGAMENTO SUPERVENIENTE À PRESENTE IMPETRAÇÃO. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXTENSÃO NÃO RECONHECIDA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. HEDIONDEZ DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE APENAS RAZOÁVEL DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO APREENDIDOS. CARÁTER MENOS NOCIVO DOS PRODUTOS. PACIENTE PRIMÁRIA, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, CONDENADA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NÃO SUPERIOR A 8 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Caso em que a possibilidade de aplicação da minorante prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi assegurada à paciente no julgamento do AREsp 841.343/SP, devolvendo-se à Corte de origem o exame do preenchimento dos requisitos previstos na norma.

3. Em superveniente julgamento, o Tribunal *a quo* assentou que a paciente comercializava medicamentos sem registro com habitualidade e, portanto, dedicava-se a atividades criminosas, não fazendo jus à minorante. Rever esse entendimento para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Hipótese em que é incabível a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois a pena aplicada ao coautor, base para o pedido de extensão, não foi definida no âmbito desta Corte. Ademais, inexistente ilegalidade na negativa da extensão solicitada ao Tribunal *a quo*, na medida em que esta assentou que existem particularidades próprias nas condutas atribuídas à paciente e ao coautor, que inclusive foram objeto de ações penais distintas, circunstâncias que inviabilizam a pretendida extensão. Desconstituir as premissas fáticas assentadas pela Corte local demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

5. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Embora a expressiva quantidade de medicamentos sem registro apreendidos possam embasar o regime prisional mais gravoso, no caso, a quantidade é apenas razoável e a natureza dos produtos possui caráter menos nocivo, de forma que o estabelecimento de regime prisional mais gravoso revela-se desproporcional.

7. Tratando-se de ré primária, condenada a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, a paciente faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. LEONARDO MASSUD (P/PACTE)

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.065 - SP (2016/0331301-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : RENATO LOSINSKAS HACHUL E OUTROS
ADVOGADO : RENATO LOSINSKAS HACHUL E OUTRO(S) - SP307340
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSENITA DE FATIMA ARAUJO LIMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSENITA DE FÁTIMA ARAÚJO LIMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0005106-46.2008.8.26.0168).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, incisos I e IV, do Código Penal (e-STJ fls. 367/373) e absolvida quanto à imputação do delito constante do art. 184, § 2º, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 414/431), em acórdão assim ementado:

Apelação. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, §1º-B, I e IV, do CP). Preliminar. Quadro clínico de depressão tardiamente suscitado pela Defesa em sede recursal e que não se presta a inquinar de nulidade o interrogatório. Acusada que se manifestou sobre o ocorrido de forma eloquente, não demonstrando sinais de perturbação mental. Autoria e materialidade comprovadas. Versão de inocência inverossímil e inapta a isentar a agente de responsabilidade pelo delito. Palavra incriminatória dos policiais. Dolo que decorre dos elementos aduzidos aos autos, ressaltado o armazenamento dos medicamentos em estabelecimento comercial. Crime de perigo abstrato que prescinde da produção de resultado danoso. Apenamento correito, decorrendo o rigor da reprimenda de opção do legislador, considerado o bem jurídico tutelado. Violação ao princípio da proporcionalidade não verificada. Precedente do E. Órgão Especial pela constitucionalidade da norma. Apelo da Defesa desprovido, com correção de erro material constante da sentença, determinada a expedição de mandado de prisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada, a defesa interpôs recurso especial, o qual não foi admitido na origem (e-STJ fls. 555/556), sobrevivendo agravo em recurso especial (AREsp 841.343/SP), que foi conhecido "para **dar provimento** ao recurso especial a fim de determinar que a Corte estadual reveja a sanção imposta à recorrente, tendo como parâmetro o preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com possibilidade de aplicação do redutor do § 4º".

O Tribunal *a quo*, em cumprimento à decisão proferida no âmbito desta Corte, retomou o julgamento da apelação, ocasião em que deu parcial provimento ao recurso para adequar a pena da paciente ao preceito secundário do crime de tráfico de drogas, mas não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 por entender que os requisitos previstos na norma não foram preenchidos. Em consequência, a pena da paciente foi redimensionada para 5 anos de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 642/655). Segue a ementa do acórdão:

Apelação criminal. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, §1º-B, I e VI, do CP). Decisão do STJ, proferida no julgamento de Recurso Especial, através da qual se reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do tipo penal, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, determinando a este Egrégio Tribunal de Justiça a revisão do “castigo”, com aplicação da sanção prevista diante do crime descrito no artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006 e análise quanto à “possibilidade” de incidência do “privilegio”. Circunstâncias fáticas aptas a demonstrar o comércio rotineiro de produtos proibidos pela acusada, considerado o armazenamento de grande volume de medicamentos de circulação proibida pela Anvisa. Dedicção habitual à atividade criminosa incompatível com o redutor. Reprimenda redimensionada, em cumprimento à ordem exarada pela Corte Superior, mantido, no mais, o v. Acórdão. Apelo da Defesa provido em parte.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/5), a impetrante sustenta que o novo acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* impôs constrangimento ilegal à paciente, pois não reconheceu a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Afirma que LUIZ BEZERRA DE LIMA, coautor do fato imputado à paciente, também foi processado e condenado em autos distintos, sendo que o Juízo de primeiro grau fixou a pena prevista para o tráfico de drogas, com incidência da redutora em seu patamar máximo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecendo a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e multa para o delito previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal (e-STJ fls. 657/664). O Ministério Público não interpôs apelação contra a sentença proferida em desfavor do coautor (e-STJ fl. 670). Assim, defende que a pena aplicada à paciente é excessiva e deve adequar-se à aplicada ao coautor, por extensão, conforme a previsão do art. 580 do Código de Processo Penal, sobretudo pelo fato de as circunstâncias do delito e pessoais dos agentes serem idênticas. Além disso, aponta que a paciente preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo que a negativa de aplicação do benefício no acórdão impugnado constitui constrangimento ilegal passível de reparo por esta Corte Superior. Por fim, aduz que o regime inicial fechado foi estabelecido e mantido pela Corte local com base na hediondez do delito, fundamento que reputa inidôneo.

Ao final, formula pedido liminar para que sejam suspensos os efeitos da condenação até o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja conferido efeito extensivo da pena aplicada ao coautor na ação penal n. 0004565-28.2015.8.26.0168 ou que seja aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena da paciente em qualquer hipótese, bem como para que seja estabelecido regime prisional menos gravoso.

O pedido liminar foi deferido, *em parte, para assegurar à paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente habeas corpus, salvo se por outro motivo estiver presa ou cumprindo pena em regime mais gravoso* (e-STJ fls. 687/691).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 701/702 e 709/737.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 742/746, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem, cassando-se a liminar deferida, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. ADULTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. GRAVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA DO CRIME. GRANDE QUANTIDADE VENDIDA, DE MEDICAMENTOS DE CIRCULAÇÃO PROIBIDA PELA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS. SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM, CASSANDO-SE A LIMINAR DEFERIDA.

A impetrante, por meio de petições (e-STJ fl. 750 e 773/775), informou que foram opostos embargos de declaração em face do acórdão proferido na origem, oportunidade em que a Corte local negou-se a estender à paciente a pena aplicada a coautor em processo distinto. Entretanto, os embargos foram rejeitados (e-STJ fls. 776/784), em acórdão assim ementado:

Embargos de declaração. Preliminar. Pedido de concessão de “habeas corpus” de ofício para se equiparar a solução dada diante do partícipe do crime em processo penal diverso. Descabimento. Matéria exaustivamente apreciada por esta Câmara Criminal.

Solução dada em primeiro grau que não vincula esta Corte de Justiça. Impossibilidade de se reapreciar o mérito para debater a questão suscitada e já dirimida, não se verificando, a rigor, a identidade entre as situações analisadas em feitos distintos. Inexistência de omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade.

Questões trazidas nos embargos já analisadas, nada ensejando ou possibilitando a revisão da decisão colegiada. Rejeição.

Em consulta ao Sistema Justiça, verifico que a impetrante ingressou com reclamação constitucional (Rcl 34.157/SP) contra o não cumprimento da liminar deferida neste writ, a qual foi julgada procedente.

Novas informações foram prestadas pela autoridade impetrada, no sentido de que o mandado de prisão foi retificado para constar o regime semiaberto, em cumprimento ao comando emitido por esta Corte nestes autos, em sede liminar, bem como na Rcl 34.157/SP (e-STJ fls. 812/815).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.065 - SP (2016/0331301-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. 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 do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ponto no qual postula-se isonomia com a pena imposta ao coautor em processo desmembrado. Insurge-se, ainda, contra o regime inicial fechado estabelecido na origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que toca à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, cuja possibilidade de incidência foi assegurada no julgamento do AREsp 841.343/SP, segue a fundamentação exarada pela Corte de origem para afastar a respectiva aplicação (e-STJ fl. 654):

Por outro lado, incabível o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas à hipótese em comento, mesmo porque a situação fática denota dedicação habitual da comerciante a atividades criminosas (representada pela venda de medicamentos proibidos em seu estabelecimento comercial ou no exercício de atividade espúria), algo reforçado pela variedade e grande volume de medicamentos proscritos encontrados no interior do ponto de comércio, onde também se destinavam à venda 160 DVDs “piratas” (fls. 02/04-D), tudo revelando ser mercancia clandestina importante (se não principal) meio de vida da acusada, não obstante fosse a conduta “mascarada” pela venda concomitante de itens lícitos no estabelecimento.

Neste ponto, registra-se que a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça conferiu a esta Corte discricionariedade para apreciação dos requisitos atinentes ao “privilegio”, ao assinalar singela “possibilidade” de sua aplicação, decorrendo a conclusão sobre a dedicação habitual à atividade ilícita do livre convencimento motivado, algo assegurado pela independência ideológica que permeia a função jurisdicional.

Dessa forma, ressaí da transcrição supra que o Tribunal *a quo* formou a sua convicção com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos, como o fato de a paciente manter estabelecimento comercial destinado à venda dos produtos proscritos, junto a outros de origem e comercialização lícita, razão pela qual concluiu que a paciente fazia do crime o seu meio de vida, ou seja, se dedicava a atividades criminosas, sendo este um dos óbices à incidência do redutor.

Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E DE VERIFICAÇÃO SE O AGENTE NÃO SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O acolhimento do pedido de absolvição por falta de provas da autoria delitiva e o afastamento da conclusão de que o agente se dedica à atividade criminosa com o objetivo de fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, demandam, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 524.486/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Sexta Turma, DJe 11/11/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE PELA VIA DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. RECONHECIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. ELEVAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, VII, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E MUDANÇA PARA REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PENA DEFINITIVA QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Tendo sido reconhecido pelo Tribunal a quo, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação do paciente em atividade criminosa, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 207.874/RJ, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 6/11/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

[...]

3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).*

Ressalta-se que em relação ao pedido de extensão da pena imposta ao coautor em ação penal distinta, não é possível a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois a pena aplicada ao coautor não foi definida no âmbito desta Corte, mas sim em primeiro grau de jurisdição.

Importa considerar, outrossim, que embora a Corte local tenha emitido juízo de valor sobre o tema, ainda que de forma superveniente à presente impetração – no julgamento dos embargos de declaração em sede de apelação, juntado às e-STJ fls. 776/784 – revela-se idônea a motivação que apresentou, conforme segue (e-STJ fls. 779/780):

Vem a Defesa, agora, reavivar debate já esgotado nos julgamentos anteriores, invocando decisão proferida em primeiro grau em face do ex-marido da acusada, Luiz Bezerra de Lima, na hipótese condenado em feito “apartado” por participar da disseminação do material ilícito, sendo aquele, porém, beneficiado com a aplicação do privilégio agora cogitado (fls. 577/582).

Contudo, ao contrário do sugerido, a equiparação do caso à solução “mais recente” não se revela “automática”, em primeiro lugar porque esta Corte de Justiça certamente não está vinculada a entendimento posterior firmado pela instância inferior, ainda que diante de situação análoga contando com decisão transitada em julgado.

Ademais, não se pode perder de vista que a persecução penal em face do “ex-marido” da embargante se iniciou, justamente, após determinação desta Turma Julgadora para apuração de eventual participação dele nos fatos, considerada a notícia apontando-o como o titular do comércio, à época sob responsabilidade ou administração direta de JOSENITA, então pilhada na espúria mercancia.

Vale dizer, embora a imputação dos fatos com relação a Luiz Bezerra de Lima decorra de desdobramento da condenação da embargante, não se pode afirmar que ambos estivessem em situação idêntica (ao reverso, cada qual foi objeto de denúncias distintas e independentes, tendo em vista condutas com particularidades próprias), bastando observar que apenas a mulher foi detida em flagrante durante ato de efetivo comércio dos produtos proscritos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

durante diligência realizada por policial civil à paisana.

Destarte, eventual modificação do quadro em face do “fato novo” trazido pela Defesa deveria ser debatido por via impugnativa própria, descabendo a esta Corte de Justiça revisar suas próprias decisões, ainda mais depois de há muito esgotada sua jurisdição, repita-se.

Com efeito, assentado pela Corte local a existência de particularidades próprias de cada conduta, que inclusive foram objeto de ações penais distintas, não há falar em isonomia, sendo, também sob esse prisma, inviável a extensão pretendida. Desconstituir as premissas fáticas assentadas pela Corte local demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

Por fim, quanto ao regime prisional, infere-se que o Tribunal *a quo*, em cumprimento ao comando proferido no AREsp 383.065/SP, aplicou o preceito secundário do art. 33 do Código Penal ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, razão pela qual redimensionou a pena da paciente para 5 anos de reclusão e multa. Entretanto, manteve o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 654/655):

E o regime fechado afigura-se o único adequado ao cumprimento da corporal, consoante artigo 1º, VII-B, combinado com o artigo 2º, § 1º, ambos da Lei nº. 8.072/90, aqui se salientando a gravidade concreta da conduta, na hipótese representada pela destinação à venda de grande quantidade de medicamentos de circulação proibida pela Anvisa, de modo a incrementar sobremaneira o risco à saúde pública.

Destarte, ao caráter hediondo da conduta se soma a circunstância judicial negativa que poderia até mesmo ter ensejado certo incremento da pena-base, não fosse a resignação da Justiça Pública em face da solução dada em primeiro grau.

Ainda sobre o tema: “1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado. 2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante” (cf. STF, HC 103.011/RN, 2ª T., relª. Minª. Ellen Gracie, LexSTF 382/450).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, extrai-se que o regime prisional foi mantido com base na hediondez e na quantidade de produtos apreendidos.

Entretanto, como é cediço, desde o julgamento do HC n. 111.840/ES, pelo Supremo Tribunal Federal, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Além disso, a pena-base foi fixada no mínimo legal e, não obstante a quantidade de produtos apreendidos seja razoável, o seu caráter menos nocivo, se comparado a drogas como o *crack* e a cocaína, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso revela-se desproporcional.

Portanto, tratando-se de ré primária, condenada a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com circunstâncias judiciais favoráveis, a paciente faz jus ao regime semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0331301-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 383.065 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00051064620088260168 1680120080051069 20150000209999 4312008
51064620088260168

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO LOSINSKAS HACHUL E OUTROS
ADVOGADO : RENATO LOSINSKAS HACHUL E OUTRO(S) - SP307340
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSENITA DE FATIMA ARAUJO LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Incolumidade Pública - Falsificação / Corrupção /
Adulteração / Alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. LEONARDO MASSUD (P/PACTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.