

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.334 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **LUCIANO KELLY DIAS RIBEIRO**
IMPTE.(S) : **AHMAD LAKIS NETO E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ementa: PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ART. 33, § 1º, I, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA -BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

I - O paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa.

II - A fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, uma vez que a fundamentação adotada pelos julgadores limitaram-se a indicar as elementares do delito, revelando, ademais, a respectiva opinião sobre a gravidade do crime.

III – O paciente é primário e o *quantum* da pena permite a imposição de regime inicial mais brando.

IV – Esta Suprema Corte vem repelindo imposição do regime inicial fechado quando a pena-base for imposta no mínimo legal. Precedentes.

V - Ordem concedida, para assegurar ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*

HC 138334 / SP

para assegurar ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, relativamente à Ação Penal 050.09.094174-8 da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Edson Fachin. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 6 de junho de 2017.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.334 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **LUCIANO KELLY DIAS RIBEIRO**
IMPTE.(S) : **AHMAD LAKIS NETO E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Luciano Kelly Dias Ribeiro, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que não conheceu do HC 360.540/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, após o julgamento da apelação, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa. Contra essa decisão, a defesa interpôs recurso especial, o qual foi inadmitido na origem.

Posteriormente, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura deu parcial provimento ao AREsp 319.390/SP interposto, “tão somente para reconhecer a violação ao art. 33, § 2º, ‘b’ e ‘c’, do Código Penal, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação inicial de cumprimento de pena”. A Ministra Relatora asseverou que

“[...] a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos

HC 138334 / SP

na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal” (pág. 8 do documento eletrônico 9).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP proferiu novo acórdão, mantendo o regime inicial fechado, com as seguintes justificativas:

“[...]

2. Tornando efetiva a determinação oriunda da E. Terceira Instância, proclama-se que não se acata o óbice previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90; ocorre que, por razão distinta, não se abrandará o regime prisional:- apurou-se no caderno processual que o increpado, responsável pelo transporte de farta quantidade de *lidocaína* e de *cafeína anidra* (101,40kg e 150,90kg respectivamente), integrava organização criminosa altamente especializada na disseminação de substâncias diluidoras de *cocaína*, utilizadas por traficantes com a finalidade de aumentara margem de lucro - o que dá azo à fixação do regime prisional mais rigoroso: inteligência do artigo 33, § 3º, do diploma repressivo.

A propósito, a infração atribuída ao increpado demole a integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativo existencial do vício morfético e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo.

3. Em decorrência, este voto complementar [conservada a r. deliberação anterior (parcialmente anulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça) referentemente ao recurso ministerial] **nega provimento** ao apelo interposto por **Luciano Kelly Dias Ribeiro**, mantendo - a despeito de reconhecido como não obrigatório, e sempre *sub censura* da I. Terceira Instância – o regime prisional fechado estipulado em grau monocrático” (págs. 4-5 do documento eletrônico 8).

HC 138334 / SP

Inconformada com a decisão, a defesa manejou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, o qual não foi conhecido.

É contra essa última decisão que se insurgem os impetrantes.

Sustenta, em suma, persistir o constrangimento ilegal na fixação do regime prisional fechado, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente e a pena-base fixada no mínimo legal. Assim, aduz que

“[...] a fixação do regime deve pautar-se não pela gravidade do delito, mas pelas circunstâncias expressas no artigo 59 do CP. Nessa esteira, houve patente contradição entre a fixação da pena-base e a fixação do regime. Tal fato salta aos olhos, vez que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis ao Paciente” (pág. 5 do documento eletrônico 1).

Outrossim, assevera que,

“[...] com fulcro no art. 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 deve ser o norte para determinar o regime inicial de cumprimento da pena; assim, como a pena-base foi aplicada no mínimo legal, o próprio Tribunal reconheceu que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP são favoráveis ao recorrente” (pág. 5 do documento eletrônico 1).

Registra, ademais, que

“[...] o Paciente não foi processado pelo crime de organização criminosa, bem como não foi sequer denunciado por associação ao tráfico. Trata-se de agente absolutamente primário sem qualquer registro de mácula anterior em sua vida pregressa. Portanto, não há que se afirmar que o Paciente integraria organização criminosa” (pág. 7 do documento

HC 138334 / SP

eletrônico 1; grifos no original).

Consigna, assim, que “as considerações feitas pelo Juízo de Segunda Instância são inerentes a todo e qualquer tráfico de drogas” (pág. 8 do documento eletrônico 1). Por isso, acrescenta que, “com a pena-base no mínimo legal, em razão da primariedade e dos bons antecedentes, favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, faz jus ao regime semiaberto” (pág. 8 do documento eletrônico 1).

Ao final, requer, liminarmente, a fixação do regime inicial semiaberto para o início de cumprimento de pena. Pede, ainda, a concessão definitiva da ordem.

Em 15/12/2016, deferi a liminar, solicitei informações e abri vista ao Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento da impetração (documento eletrônico 20).

As informações foram recebidas, conforme documento eletrônico 24.

É o relatório.

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.334 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de concessão da ordem.

Neste *habeas corpus* o impetrante insurge-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que não conheceu do HC 360.540/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, assim ementado:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a natureza das drogas apreendidas - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), bem como o fato de o paciente integrar "organização criminosa altamente especializada na disseminação de substâncias diluidoras de cocaína", não há constrangimento ilegal a ser sanado.

2. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 360.540/SP).

Conforme relatado, a defesa pretende, nesta impetração, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente e a fixação da pena-base no mínimo legal.

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

HC 138334 / SP

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

A decisão expôs a seguinte fundamentação, que conduziu à fixação do regime inicial fechado:

“[...]”

2. Tornando efetiva a determinação oriunda da E. Terceira Instância, proclama-se que não se acata o óbice previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90; ocorre que, por razão distinta, não se abrandará o regime prisional:- apurou-se no caderno processual que o increpado, responsável pelo transporte de farta quantidade de *lidocaína* e de *cafeína anidra* (101,40kg e 150,90kg respectivamente), integrava organização criminosa altamente especializada na disseminação de substâncias diluidoras de *cocaína*, utilizadas por traficantes com a finalidade de aumentara margem de lucro - o que dá azo à fixação do regime prisional mais rigoroso: inteligência do artigo 33, § 3º, do diploma repressivo.

A propósito, a infração atribuída ao increpado demole a integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativo existencial do vício morfético e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo”.

Ocorre que, assim como alegado na inicial, o Juízo sentenciante condenou o paciente apenas pelo crime de tráfico, previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/2006, segundo o qual, incorre nas mesmas penas quem “importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto

HC 138334 / SP

químico destinado à preparação de drogas”.

Observo na espécie que, aparentemente, a fundamentação adotada pelos julgadores, além de indicarem as elementares do delito, revelam a opinião do julgador sobre a gravidade do crime.

Por isso, no presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, ao que tudo indica, está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite, deve vir acompanhada da devida fundamentação.

Ademais, o *quantum* da pena permite a imposição de regime inicial mais brando. Além disso, o paciente seria primário e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Como se sabe, ao proferir a sentença, o Juiz deve avaliar as circunstâncias indicadas pelo art. 59 do CP para fixar a pena do condenado. No caso dos autos, ao proceder essa análise, o Juízo de piso consignou que

“[...]”

O acusado é primário e não registra antecedentes criminais. **As demais circunstâncias indicadas no art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis e nada há que autorize a fixação da pena-base acima do mínimo legal.** Portanto, fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dia-multa no valor mínimo.

Entendo presentes os pressupostos e requisitos legais, **reduzo a pena de 1/3 com fundamento no § 40 do art. 33 da Lei de drogas, levando em conta a grande quantidade de substância apreendida e o poder lesivo que ela possui.**

Torno definitiva a pena em 3 (três) anos e 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa no menor valor” (pág. 159 do documento eletrônico;

HC 138334 / SP

grifei).

Do excerto transcrito, constata-se que a quantidade de substância apreendida, a despeito de não ter sido utilizada na fixação da pena-base, foi empregada como fundamento para firmar o patamar de redução autorizado pelo art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Em momento posterior, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP deu provimento à apelação interposta pela acusação, para retirar o benefício constante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, deixando de valorar, na fixação da pena-base, a quantidade dos produtos pertencentes aos acusados, conforme permissão do art. 42 da Lei de Drogas.

Com efeito, o TJSP poderia ter majorado a pena-base aplicada ao ora paciente, utilizando, para tanto, a quantidade das substâncias, mas não o fez. Esse é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, para quem, “[...] havendo recurso da acusação, é perfeitamente possível que o Tribunal faça nova valoração das mesmas circunstâncias e, em consequência disso, eleve a pena do réu” (*in Código penal comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 451).

Como enfatizado, o Tribunal não o fez, mantendo à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, pela condenação do paciente por tráfico de drogas (art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/2006). Ou seja, conservou-se a fixação da pena-base no mínimo legal.

No ponto, ressalvada a minha posição, consignada no julgamento do RHC 135.298/SP, Redator para o acórdão Ministro Teori Zavascki, resalto que a jurisprudência desta Corte sinaliza que, caso sejam favoráveis todas as circunstâncias judiciais, de modo que a pena-base do condenado seja fixada no mínimo legal, não caberia a imposição de regime inicial mais gravoso.

Assim, esta Corte vem repelindo imposição do regime inicial

HC 138334 / SP

fechado quando a pena-base for imposta no mínimo legal. Nessa esteira, menciono os seguintes precedentes da Segunda Turma deste Tribunal, entre outros:

“Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, inciso I, do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: **primariedade da paciente, circunstâncias judiciais favoráveis e fundamentação inadequada (gravidade in abstracto do delito)**. 4. A jurisprudência do STF consolidou entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 5. Paciente em fase avançada de recuperação social. 6. **Pedido de fixação da pena-base no mínimo legal.** Supressão de instância: matéria não apreciada pelo STJ. 7. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. *Writ* não conhecido. 8. **Ordem parcialmente concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena”** (HC 133.709/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; grifei)

“Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação. 3. Pedido de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade. Condenação transitada em julgado pelo mesmo delito. Dedicção à atividade criminosa. 4. Regime inicial fechado estipulado exclusivamente em razão da previsão legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, já declarado inconstitucional pelo STF. **Pena-base fixada no patamar mínimo. Paciente primário (condenação intercorrente definitiva). Ausência de motivação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.** 5. Decisão monocrática do STJ não impugnada por agravo

HC 138334 / SP

regimental. **Concessão da ordem, de ofício, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto**” (HC 130.889/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; grifei).

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. 1. A diminuição da pena decorrente da causa especial disposta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em patamar mínimo, reclama fundamentação jurídica adequada, o que não ocorreu no caso. 2. A **determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o *quantum* da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal.** 3. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente provido” (RHC 125.435/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; grifei)

Da mesma forma também entendeu a Primeira Turma, por ocasião do julgamento do HC 124.954/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

“*Habeas corpus*. Penal. Homicídio simples. Artigo 121, *caput*, do Código Penal. Pena-base. Instrumento do crime. Faca de dimensões avantajadas. Valoração como circunstância judicial desfavorável (art. 59, CP). Descabimento. Forma normal de execução do crime. Paciente que se limitou a desferir um único golpe na vítima. Conduta ínsita ao tipo penal. Aumento decotado. Atenuante genérica. Confissão. Impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedentes. **Pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão.**”

HC 138334 / SP

Réu primário. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixação do regime prisional semiaberto. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida. 1. O emprego de arma branca de dimensões avantajadas na execução de homicídio, por si só, não deve ser valorado como circunstância judicial desfavorável (art. 59, CP) quando seu emprego traduzir forma normal de execução do crime. 2. Atenuantes genéricas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedentes. 3. **Fixada a pena no mínimo legal, descabe a imposição de regime prisional mais severo que a pena aplicada admite.** 4. **Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente ao mínimo legal e fixar o regime inicial semiaberto” (grifei).**

Assim, fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário e avaliadas positivamente todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, entendo o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal com a fixação do regime inicial mais severo para o cumprimento de sua pena.

Portanto, vislumbro, no caso sob exame, a existência de manifesto constrangimento ilegal que autoriza a concessão da ordem.

Isso posto, concedo a ordem de *habeas corpus* para assegurar ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, relativamente à Ação Penal 050.09.094174-8 da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP.

É como voto.

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.334 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Embora vá ficar vencido, vou pedir todas as vênias ao eminente Ministro-Relator. Estou acolhendo, aqui, a ponderação feita pelo Ministério Público Federal, no parecer que carreu aos autos, especialmente quando acentua que a pena, no caso concreto, crime de tráfico de entorpecentes, foi fixada no mínimo de cinco anos, mas considera a variedade, a quantidade da droga apreendida, lidocaína e cafeína anidra - 101Kg e 150Kg, respectivamente -, bem como o fato do paciente integrar organização criminosa altamente especializada na disseminação de substâncias diluidoras de cocaína.

Portanto, peço todas as vênias, tenho entendido que a fixação do regime inicial - obviamente, pedindo todas as vênias ao entendimento em sentido diverso que se percebe majoritário, sem dúvida alguma -, o regime inicial decorre da compreensão da dosimetria nas três fases, e não apenas na primeira fase, levando-se em conta, inclusive, na terceira, a questão, neste caso, atinente à quantidade da droga, sempre no limite da não verificação do *bis in idem*, que nesta hipótese não ocorreria.

Deste modo, peço todas as vênias para subscrever a compreensão da manutenção do regime inicial fechado.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 138.334

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : LUCIANO KELLY DIAS RIBEIRO

IMPTE.(S) : AHMAD LAKIS NETO (294971/SP) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus* para assegurar ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, relativamente à Ação Penal 050.09.094174-8 da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Edson Fachin. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 6.6.2017.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária