

24/03/2015

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 125.781 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: NICOS MICHAEL OU BILALI BIN RABAH
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### EMENTA

*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, *caput*; c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga. Admissibilidade. Vetores a serem considerados na dosimetria, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Pretendida aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Impossibilidade de utilização do *habeas corpus* para revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova em que se amparou a instância ordinária para afastar essa causa de diminuição de pena. Precedentes. Regime inicial fechado. Imposição, na sentença, com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Manutenção do regime prisional mais gravoso pelo Tribunal Regional Federal, em recurso exclusivo da defesa, com base nas circunstâncias do crime. Utilização de fundamentos inovadores. *Reformatio in pejus* caracterizada. Ratificação desse entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, com outros fundamentos. Inadmissibilidade. Precedentes. Ilegalidade flagrante. Ordem parcialmente concedida, para determinar ao juízo das execuções criminais que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei nº 11.343/06, o regime inicial condizente de cumprimento da pena.

1. A natureza e a quantidade de droga apreendida justificam, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a majoração da pena-base, ainda que as demais circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao agente. Precedentes.

**HC 125781 / SP**

2. Tendo a instância ordinária concluído, para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/06, que o paciente integrava organização criminosa, torna-se inviável a utilização do **habeas corpus** para revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova que ampararam essa conclusão. Precedentes.

3. É vedada, em recurso exclusivo da defesa, a utilização de fundamentos inovadores para justificar a adoção do regime prisional mais gravoso, sob pena de **reformatio in pejus**. Precedentes.

4. A sentença que condenou o paciente à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, fixou o regime inicial fechado com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 111.840/ES, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 17/12/12).

5. Diante da inconstitucionalidade daquele dispositivo, não poderiam o Tribunal Regional Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recursos exclusivos da defesa, manter o regime mais gravoso com base nas circunstâncias e na gravidade do crime, por se tratar de fundamentos inovadores.

6. Ordem de **habeas corpus** parcialmente concedida, para determinar ao juízo das execuções criminais competente que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial condizente para o cumprimento da pena.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder, em parte, a ordem de **habeas corpus** para determinar ao juízo das execuções

**HC 125781 / SP**

criminais que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei nº 11.343/06, o regime inicial condizente para o cumprimento da pena, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de março de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Relator

24/03/2015

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 125.781 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. DIAS TOFFOLI</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: NICOS MICHAEL OU BILALI BIN RABAH</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

## **RELATÓRIO**

### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

**Habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Nicos Michael, apontando como autoridade coatora a Sexta Turma, do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.417.309/SP, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**.

Narra a impetrante, na inicial, que

“[o] ora paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso I, todos da Lei nº 11.343/06, à **pena de 06 (seis) anos de reclusão, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime fechado**.

A defesa interpôs recurso de apelação a que o Tribunal de origem deu parcial Provimento, reconhecendo a atenuante do art. 65, III, ‘d’, do Código Penal no patamar de 06 (seis) meses e, destarte, reduzindo a pena para o importe de **06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, bem como o pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, conforme ementa:

*‘PENAL. TRAFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA BASE. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI DE DROGAS. NÃO*

**HC 125781 / SP**

**CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO.**

*I- A materialidade restou comprovada nos autos através de laudos periciais, foi detidamente apreciada pela sentença e não foi impugnada pelos recursos.*

*II- A autoria também é inconteste em relação aos acusados. O conjunto probatório produzido nos autos não deixa dúvidas de que os réus praticaram os crimes descritos na denuncia.*

*III- Pena-base mantida acima do mínimo legal tendo em vista a expressiva quantidade de cocaína apreendida.*

*IV- Atenuante da confissão reconhecida em relação aos réus Nicos e Karim.*

*V- Causa de aumento relativa à transnacionalidade mantida na fração mínima determinada pela sentença. Não é caso de aplicação da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da lei de drogas.*

*VI- A substituição da pena privativa de liberdade não se autoriza, eis que ausentes os requisitos do artigo 44 e incisos do CP.*

*VII- A pena de multa decorre do tipo e não é possível sua não aplicação.*

*VIII- Mantido o regime inicial fechado.*

*IX- Apelos dos réus Nicos Michael e Karim Mohamed Hinchá parcialmente providos. Apelos dos réus Rafaela Amorim da Silva, Simone Pereira e Henry Ifeanyi Udemba improvidos.'*

Diante disso, foi interposto recurso especial pleiteando a diminuição da pena com fulcro no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, bem como a modificação do regime prisional ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o que restou admitido pelo Tribunal *a quo*.

**A E. Ministra relatora da C. Sexta Turma do STJ negou seguimento ao recurso especial por exigir reexame de matéria fático-probatória, atraindo a Súmula 7/STJ, razão pela qual foi**

HC 125781 / SP

**interposto agravo regimental, a que a C. Sexta Turma do STJ negou provimento ao agravo (...)" (fls. 2/3 da inicial – grifos da autora).**

Segundo a impetrante, não há fundamentação idônea para a majoração da pena-base, uma vez que, não obstante tratar-se de réu primário, sem antecedentes criminais, “detentor de personalidade sã, bem como conduta social adequada”, foi ela fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em razão tão somente da natureza e da quantidade de droga apreendida.

Ao ver da impetrante

“(...) a aludida dosimetria não guarda nenhuma proporcionalidade ou razoabilidade, uma vez que mesmo que se considere a preponderância do art. 42 da Lei 11.343/06 sobre o art. 59 do Código Penal, as circunstâncias em que tiveram lugar o delito não justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal, para além do que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao ora paciente, que não possui antecedentes criminais e é primário, o que não justifica, de forma alguma, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Aliás, conforme o teor do art. 42 da Lei nº 11.343/06, quando da fixação da pena-base, será considerado a quantidade e qualidade da substância entorpecente. Todavia, para a correta interpretação e aferição do *quantum* que justifica a maior, a menor ou nenhuma elevação da pena faz-se mister a adoção de certos critérios, porquanto **levando-se em conta as quantidades usualmente apreendidas em nosso País, não há que se falar que o volume encontrado com ora paciente justifique, por si só, a majoração da pena acima do mínimo legal ou no *quantum* aplicado no presente caso”.**

Outrossim, sustenta a impetrante que o paciente faz jus à redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu grau máximo, uma vez que ele é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a

**HC 125781 / SP**

atividades criminosas, não pertence a organização criminosa e lhe são favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Alega ainda que a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente não justificam a fixação do regime inicial fechado, uma vez que a pena imposta e as circunstâncias judiciais favoráveis admitem o regime intermediário.

Por fim, assevera que,

“em sendo aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que o paciente preenche os requisitos insculpidos no art. 44, do Código Penal” (fl. 14 da inicial).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem

**“a fim de assegurar ao paciente o direito à fixação da pena-base no mínimo legal, a concessão da benesse prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo e, subsidiariamente, a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena (art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal) e, destarte, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, do Código Penal)” (fls. 16/17 da inicial – grifos da impetrante).**

O pedido de liminar foi por mim indeferido.

As informações requisitadas à autoridade coatora foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

24/03/2015

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 125.781 SÃO PAULO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Conforme relatado, trata-se de **habeas corpus** impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Nicos Michael, apontando como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.417.309/SP.

Eis a ementa do julgado ora impugnado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO DEVIDA.

1. É cabível a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da expressiva quantidade e natureza extremamente lesiva da droga apreendida (na espécie, quase três quilos de cocaína), em conformidade com o estabelecido no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 e com a jurisprudência desta Corte.

2. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, reexaminar os autos a fim de se analisar o cabimento ou não da causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, consideradas pelo Tribunal local as especificidades da hipótese em exame. Precedentes.

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga transportada, bem como ressaltada pela Corte de origem a gravidade do caso em concreto, não há falar em ilegalidade na estipulação do regime inicial fechado para cumprimento da pena de 6 anos, 2 meses e



**HC 125781 / SP**

20 dias de reclusão.

4. Agravo regimental improvido.”

Essa é a razão por que se insurge a impetrante.

Preliminarmente, ressalto que

“[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. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias” (HC nº 120.095/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 20/5/14)”.

Na espécie, a valoração negativa da quantidade e da natureza da droga apreendida em poder do paciente (de acordo com a sentença, “quase três quilos” de cocaína), como bem ressaltado no julgado ora hostilizado, não constitui ilegalidade na dosimetria da pena.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76, de que a natureza e a quantidade da droga sempre constituíram motivação idônea para a exasperação da pena-base (RHC nº 84.571/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 13/5/05; HC nº 86.415/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 18/11/05; HC nº 88.968/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 26/9/08; HC nº 114.388/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 1º/7/13 e HC nº 122.344/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 6/10/14).

**HC 125781 / SP**

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

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

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

Veda-se, apenas, a consideração **cumulativa** da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 666.334, Plenário, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 6/6/14, e HC nº 112.776/MS, Plenário, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 30/10/14), e não sua consideração **alternativa**.

Logo, diversamente do que sustenta a impetrante, o aumento de 10 (dez) meses na pena-base do paciente, à conta da quantidade e da natureza da droga apreendida, é legal, e não se mostra desarrazoado ou arbitrário.

Melhor sorte não assiste à impetrante em relação à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, cuja incidência foi negada pelo juízo de primeiro grau.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao negar provimento à apelação do paciente, assentou o seguinte:

“No caso, verifico que a atuação do corréu N. diverge do que ocorre normalmente com as chamadas “mulas” do tráfico e faz crer que ele integrava efetivamente a organização criminosa.

Com efeito, em casos análogos, pude observar que os meros transportadores (ou ‘mulas’) estrangeiros, ao desembarcarem em São Paulo, são conduzidos a pequenos

**HC 125781 / SP**

hotéis no centro da cidade e lá permanecem isolados, até que alguém da organização entre em contato para lhes entregar o entorpecente que será transportado para o exterior.

Pouco contato (ou nenhum) eles tem com o exterior. Quase nada sabem sobre o aliciador ou outros integrantes da organização. No caso, N. não estava hospedado em hotel, mas sim em um apartamento onde R. indicou como sendo o local onde poderia ser encontrado o corréu K.. E, tão logo percebeu a chegada da polícia, N. tentou escapar saltando pela janela, tendo sido capturado em seguida.

As circunstâncias indicam que ele não atuava como mera "mula", mas sim contava com alguma credibilidade dentro da organização.

Tanto que hospedou-se no apartamento onde poderia ser encontrado o próprio aliciador, além de expressiva quantidade de cocaína (mais de dois quilos e setecentos gramas).

Dentro desse contexto, entendo que o réu N. não faz jus à causa de diminuição do chamado 'traficante ocasional'.

Dessa feita, a instância ordinária, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/06, concluiu que o paciente integrava organização criminosa.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça assentou que,

“[n]o que toca à causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, verifica-se que o Tribunal de origem concluiu pelo seu descabimento em razão das especificidades do caso em exame (...)

Em assim sendo, não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, reexaminar os autos a fim de se analisar o cabimento ou não da causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. E, em restando a controvérsia suficientemente valorada e decidida pelas instâncias ordinárias, a nítida intenção do recorrente em promover a rediscussão do tema, com revolvimento das provas dos autos, é vedada nesta instância extraordinária, nos termos,

**HC 125781 / SP**

repita-se, da Súmula 7”.

Esse entendimento se harmoniza com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que preconiza ser inviável a utilização do **habeas corpus** para se revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova que tenham amparado a conclusão da instância ordinária.

Nesse sentido, RHC nº 105.150, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 4.5.12; RHC nº 121.092/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 12/5/14; HC nº 118.602/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 11/3/14; e o HC nº 111.398/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 3/5/12.

Quanto ao regime prisional, a insurgência da impetrante merece guarida.

O juízo de primeiro grau fundamentou a imposição do regime inicial fechado exclusivamente com base no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (anexo 14, fl. 61).

Esse entendimento colide frontalmente com o fixado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 111.840/ES, de **minha relatoria**, DJe de 17/12/12, cujo acórdão foi assim ementado:

**“Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.**

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

**HC 125781 / SP**

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que '*[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado."

O Tribunal Regional Federal, em recurso exclusivo da defesa, manteve o regime mais gravoso ao fundamento de que o paciente e os corréus se ajustaram para a prática do tráfico transnacional de drogas, o que constitui crime de extrema gravidade.

Trata-se, indiscutivelmente, de **fundamentos inovadores**, em substituição à motivação adotada em primeiro grau de jurisdição, o que caracteriza *reformatio in pejus*.

Em vez de corrigir a ilegalidade, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão ora vergastada, aduziu, em acréscimo, outros fundamentos para

**HC 125781 / SP**

justificar o regime fechado, **in verbis**:

“Por outro lado, em atenção ao que dispõe o artigo 33, § 3º, do Código Penal, o regime para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser fixado não somente com base na quantidade da pena imposta mas também no exame das circunstâncias judiciais que norteiam a fixação das penas. Na hipótese, portanto, fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza da droga transportada, bem como ressaltada pela Corte de origem a extrema gravidade do caso, por se tratar de tráfico transnacional de entorpecentes, não há falar em ilegalidade na estipulação do regime inicial fechado.”

Em precedente sob medida ao caso presente, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC nº 117.155/MT, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 17/5/13:

**“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO COM FUNDAMENTO APENAS NO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. ACRÉSCIMO DE NOVOS FUNDAMENTOS EM SEDE DE HABEAS CORPUS. REFORMATIO IN PEJUS. VEDAÇÃO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO HC 111.840. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar *habeas corpus* impetrado em face de decisão de Relator de Tribunal Superior que indefere pedido de liminar em idêntica via processual (Súmula 691/STF).

**HC 125781 / SP**

A supressão de instância inequívoca, revela-se a malferir o princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) na hipótese em que o *writ* impetrado nesta Corte versa a mesma fundamentação submetida ao Tribunal inferior. Precedentes: HC 107.053-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 15.04.11; HC 107.415, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 23.03.11; HC 104.674-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 23.03.11; HC 102.865, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 08.02.11.

2. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 – que determina que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crime hediondo dar-se-á, 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.

3. *A reformatio in pejus* justifica a superação da Súmula 691/STF, máxime na hipótese em que o julgamento de recurso exclusivo da defesa, o relator adiciona circunstâncias não reconhecidas na sentença para agravar a situação do réu. Precedentes: HC 108.183, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 18.10.12; HC 105.768, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 1º.06.11; HC 98.307, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 23.04.10; HC 93.778, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 15.08.08.

4. *In casu*, a) o juiz de primeiro grau condenou o paciente a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, fixando o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento tão somente no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90; b) o Tribunal Estadual, em sede de *habeas corpus*, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade daquele dispositivo, acrescentou novos fundamentos que autorizariam a fixação do regime inicial fechado, agravando por

**HC 125781 / SP**

**consequente, a situação do paciente.**

5. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Rondonópolis/MT, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime inicial semiaberto” (grifo nosso).

No mesmo sentido, **vide** HC nº 121.449/RS, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 7/10/14:

“**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



**HC 125781 / SP**

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”.

Cumprirá, portanto, ao juízo das execuções criminais fixar o regime inicial adequado à espécie, observando que a imposição de regime prisional mais gravoso exige motivação idônea que transcenda a mera opinião do julgador a respeito da gravidade em abstrato do crime, nos precisos termos das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, concedo, em parte, a ordem de **habeas corpus** para determinar ao juízo das execuções criminais que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei nº 11.343/06, o regime inicial condizente para o cumprimento da pena.

Determino ainda, nos termos do art. 3º da Resolução/STF nº 458/11, com a redação dada pela Resolução/STF nº 501/13, que a Secretaria providencie a reautuação do feito, com a inserção do nome completo do paciente.

É como voto.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 125.781**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

PACTE.(S) : NICOS MICHAEL OU BILALI BIN RABAH

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, concedeu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, para determinar ao juízo das execuções criminais que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei nº 11.343/06, o regime inicial condizente para o cumprimento da pena, nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. **2ª Turma**, 24.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

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

Ravena Siqueira  
Secretária