

28/03/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 140.441 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : ICARO RODRIGO DE OLIVEIRA GARCIA
IMPTE.(S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO À 4 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. SANÇÃO MAIS GRAVOSA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO PACIENTE. ANÁLISE DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VEDAÇÃO DE REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7 DO STJ. RÉU PRIMÁRIO. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

I – O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8 anos tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto (art. 33, § 2º, *b*, do CP), caso as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis.

II – A imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso deve ser fundamentada, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima (art. 33, § 3º, do CP) .

III – Não é dado ao STJ revolver fatos e provas para, analisando a quantidade e a qualidade de droga, impor ao réu regime prisional mais gravoso.

IV – Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para o desconto da pena de reclusão.

HC 140441 / MG

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, conceder a ordem para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena de 4 anos e 10 meses imposta ao paciente, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin que a denegava. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli.

Brasília, 28 de março de 2017.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

28/03/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 140.441 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **ICARO RODRIGO DE OLIVEIRA GARCIA**
IMPTE.(S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Icaro Rodrigo de Oliveira Garcia contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do REsp 1.008.800-AgR/MG, assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, § 3º, 59, *CAPUT* E III, AMBOS DO CP, E 42 DA LEI Nº 11.343/06. OCORRÊNCIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De fato, é assente neste Tribunal superior que "a natureza e quantidade da droga, aliadas à circunstâncias judiciais, justificam a determinação do regime fechado." (AgRg no REsp 1.386.754/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 13/03/2015)

2. Agravo regimental a que se nega provimento”.

A Defensoria Pública da União narra que o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão no regime fechado, pela

HC 140441 / MG

prática do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, por ter em depósito 837g de maconha e 547g de *crack*.

Alega que o artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal dispõe que o condenado poderá cumprir pena superior a 4 anos, e que não exceda a oito anos, em regime semiaberto, na forma do artigo 113 e seguintes da Lei de Execução Penal.

A impetrante sustenta, ainda, que não se pode invocar as circunstâncias judiciais e a quantidade e natureza da droga para justificar a aplicação do regime fechado a réu primário e de bons antecedentes, beneficiado, inclusive, com a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quando lhe é aplicada pena condizente com regime menos rigoroso.

Irresignada com a decisão adversa, a Defensoria apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O recurso foi parcialmente provido para reformar a fixação da pena-base a fim de aproximá-la do mínimo legal, tendo em vista que “todas as circunstâncias do art. 59 do CP são favoráveis ao apelante”. Ademais, estabeleceu-se o regime semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda (pág. 241 do documento eletrônico 2).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça contra o parcial provimento da apelação interposta pela defesa. Ao analisar o REsp, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura deu provimento em parte ao pleito do *Parquet* apenas para determinar o regime fechado para o cumprimento inicial da pena.

Na presente *writ*, a Defensoria requer a concessão da ordem de *habeas corpus* para fixar-se o regime semiaberto.

Sem pedido de liminar, os autos foram encaminhados à

HC 140441 / MG

Procuradoria-Geral da República, que se manifestou pela denegação da ordem, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques.

É o relatório.

28/03/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 140.441 MINAS GERAIS

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, verifico que a hipótese é de concessão da ordem, como passo a demonstrar.

Observo, de início, que o pedido de *habeas corpus* limita-se a questionar a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da pena de 4 anos e 10 meses pelo paciente.

A Defensoria entende que o paciente faz jus à aplicação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, *litteris*:

“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

b) 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”.

Sustenta que a aplicação de regime mais gravoso que o determinado no art. 33 do CP deve ser devidamente fundamentada, o que não teria ocorrido no caso.

Aqui, conforme relatado, trata-se de condenação pelo crime de tráfico de drogas, com aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º

HC 140441 / MG

do art. 33 da Lei de Drogas e cuja pena foi fixada, em definitivo, em 4 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

Ou seja, pleiteia-se a alteração do regime de cumprimento da pena para o semiaberto, tendo em vista o *quantum* estabelecido.

O pedido encontra fundamento no art. 33, § 2º, **b**, do Código Penal, ainda que existam hipóteses nas quais o magistrado poderá fixar regime mais gravoso. É certo, porém, que tal exacerbação exige motivação idônea, nos termos da Súmula 719/STF. Confira-se:

“Súmula 719/STF - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Ocorre que, no presente caso, o paciente é primário e não ostenta antecedentes criminais. Além disso, a condenação imposta pelo TJMG não excedeu o limite de 8 anos para a determinação do regime semiaberto e consignou que “todas as circunstâncias do art. 59 do CP são favoráveis ao apelante”(pág. 241 do documento eletrônico 2).

Dessa forma, entendo que, não havendo reincidência, inexistente, em tese, óbice ao cumprimento da pena, no caso, em regime semiaberto, como autoriza a lei.

Ademais, a pena-base não excedeu o mínimo legal, de modo que foram consideradas favoráveis ao paciente todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Registro, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento sumulado nos verbetes 718 e 719, segundo os quais, respectivamente, “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” e “a imposição

HC 140441 / MG

do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

No mesmo sentido, destaco recentes decisões de ambas as turmas da Corte:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para além do mínimo legal.

II – O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença condenatória para aumentar a fração de redução da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para ¼ (um quarto). A Corte regional deixou de aplicar o redutor no grau máximo permitido por entender que o comportamento do recorrente apresentou um maior grau de reprovabilidade, diferente da conduta das chamadas ‘mulas’, haja vista ter adquirido a droga com seus próprios recursos, para posterior revenda.

III – Mantida a reprimenda no patamar superior a 4 (quatro) anos, fica superado o pedido de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

IV – A fixação do regime fechado para o início do

HC 140441 / MG

cumprimento da pena imposta ao recorrente 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, o que não ocorreu na espécie.

V – Recurso ordinário provido em parte, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente” (RHC 118.996/AM, de minha relatoria - grifei).

“Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. 4. A jurisprudência do STF consolidou o 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. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 5. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 6. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Superação da Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal. 8. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto de início do cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais” (HC 133.028/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes - grifei).

“Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei nº 11.343/06). Substituição da pena privativa de liberdade. Questão não

HC 140441 / MG

analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Fixação de regime mais gravoso. Fundamentação lastreada na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime. Impossibilidade. Incidência das Súmulas nº 718 e 719 da Corte. Recurso provido.

1. A questão relativa à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa circunstância obsta sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da indevida supressão de instância.

2. Afigura-se inadmissível, por contrastar com as Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime.

3. Recurso ordinário provido para se conceder a ordem de *habeas corpus*, fixando-se, desde logo, o regime inicial aberto para o cumprimento da pena imposta ao recorrente” (RHC 119.893/SP, Rel. Min. Dias Toffoli - grifei).

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. INADEQUAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, uma adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que deve se basear.

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 estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º).

3. Inviável regime inicial prisional mais gravoso que o

HC 140441 / MG

quantum da pena aplicada com base na gravidade em abstrato do delito, mormente quando presentes todas circunstâncias judiciais favoráveis. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso ordinário provido para a imposição do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto” (RHC 128.094, Rel. Min. Teori Zavascki - grifei).

Insisto que o acórdão que julgou a apelação reconheceu a primariedade do paciente e considerou favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, bem como ainda aplicou a causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, *verbis*:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – REPRIMENDA – CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP FAVORÁVEIS AO RÉU – PENA-BASE REFORMADA E FIXADA PRÓXIMA AO MÍNIMO LEGAL – DECOTE DA MAJORANTE DO INCISO VI DO ART. 40 DA LEI 11.343/06 – INVIABILIDADE – PROVEAS CONCRETAS DA PARTICIPAÇÃO DO MENOS NO DELITO – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – POSSIBILIDADE – REQUISITOS PRESENTES – CRIME HEDIONDO – ABRANDAMENTO DO REGIME – ANÁLISE CONFORME OS CRITÉRIOS DO ART. 33 DO CP – FIXAÇÃO DO SEMIABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - **Verificando que todas as circunstâncias do art. 59 do CP são favoráveis ao apelante e que apenas aquelas do art. 42 da Lei 11.343/2006 lhe desfavorecem, a pena deve ser reformada e fixada próxima ao mínimo legal. - A majorante do inciso VI do art. 40 da Lei 11.343/2006, assim como o crime de corrupção de menores, tem natureza formal, motivo pelo qual não há necessidade de provas da corrupção, mas tão somente do envolvimento do adolescente no ilícito. - Tratando-se de réu primário, possuidor de bons antecedentes, que não se dedica a atividades**

HC 140441 / MG

criminosas e não integra organização criminosa, deve ser ele agraciado com a minorante do tráfico privilegiado. - Na esteira de recente entendimento sufragado pelo STJ, consubstanciado na Súmula n. 512 do STJ, a incidência da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas. - A fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ainda que em casos de prática de crime hediondo ou equiparado, deve ser orientado pelos critérios do art. 33 do CP (Precedente do STF). - Aplicada pena superior a 4 anos, impossível a substituição da pena corporal, haja vista o não adimplemento dos requisitos insertos no art. 44 do CP. - A incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos afasta a hediondez do delito, entendimento este já sedimentado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e pelo Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0145.09.558174-3/003 deste Tribunal” (pág. 241 do documento eletrônico 2; grifei).

Isso posto, tendo em vista a jurisprudência vigente, bem assim a existência de entendimento sumulado da Corte em relação ao tema (Súmulas 718 e 719), concedo a ordem para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena de 4 anos e 10 meses imposta ao paciente.

28/03/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 140.441 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, eminente Subprocuradora-Geral da República, a ponderação que faço neste caso - e aqui também apresento a reflexão deste Colegiado e também ao eminente Ministro Relator-, de algum modo, foi pontuada em uma sessão anterior em que se anteviu, de alguma forma, que aqui há uma discussão de base sobre a questão atinente à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e eventual simetria, ou não, com a pena-base que tenha sido fixada.

O eminente Ministro Ricardo Lewandowski está, nesta hipótese, fazendo a sua percepção da jurisprudência e considerando, portanto, no seu modo de ver, os enunciados nas Súmulas n^{os} 718 e 719, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento desta pena.

Aqui, do exame que fiz, e não só deste caso - por isso acredito que o debate seja importante e ele transcenda o caso concreto -, permito-me fazer as seguintes ponderações: embora, pelo *quantum*, coubesse o regime pleiteado - a defensoria pública é que pugna pelo semiaberto, no início, já, do cumprimento da pena -, o mais gravoso - que foi, no caso, fixado, vale dizer, o regime fechado - parece-me, no caso concreto, estar devidamente justificado. Isto porque, quando do julgamento da apelação, a pena-base ficou acima do mínimo legal, tendo em vista que foi considerada como desfavorável a circunstância do art. 42 da Lei de Drogas.

Eu estou adotando, nesta linha, pelo menos dois precedentes que me permitiram fazer essa inferência, um deles o HC 131.887, relatado, perante esta Segunda Turma, pelo eminente Ministro Dias Toffoli, julgamento em 2 de fevereiro de 2016. Sua Excelência, naquele julgado, assentou o seguinte:

"Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Regime

HC 140441 / MG

inicial fechado."

E assentou-se, portanto:

"1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

2. Como o regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, e no art. 42 da Lei nº 11.343/06, que expressamente remetem às circunstâncias do crime (art. 59, CP)" - vale dizer, remetem, portanto, às circunstâncias a que o eminente Relator já fizera referência, do art. 59 - "e à natureza e quantidade da droga, não há que se falar em *bis in idem*" - acentuou o Ministro Toffoli naquele julgamento - "na valoração negativa desses mesmos vetores na majoração da pena-base e na fixação do regime prisional mais gravoso."

Parece-me que a situação que estamos a tratar aproxima-se muito, quando não, tem simetria com esta percepção. O segundo *habeas corpus* é da Colenda Primeira Turma, da relatoria do Ministro Luiz Fux, HC nº 123.430, julgado em 14 de outubro de 2014. À luz dessas mesmas ponderações, o Ministro Fux assentou naquele julgamento:

"3. O regime inicial fechado revela-se possível em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de pena inferior a 8 (oito) anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal.

4. *In casu*, considerada tão-somente a quantidade da pena aplicada, o paciente teria direito ao regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal. Todavia, a fixação de regime mais gravoso, deu-se à luz das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, no caso da regência específica do crime de tráfico de entorpecentes, do art. 42 da Lei n. 11.343/2006."

HC 140441 / MG

E o Ministro Fux concluiu, assim, o julgamento do qual foi Relator perante a Primeira Turma:

“O juiz, na fixação das penas,” - portanto concluiu, com assento no dispositivo legal que acabo de mencionar - "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.”

São essas considerações que trago à percepção do eminente Relator, para - no meu modo de ver, teria - averiguarmos se isso tem, ou não, impacto na possibilidade de, já na terceira fase da dosimetria da pena, levando em conta essas circunstâncias, ao fixar o regime inicial, fixar-se um regime inicial mais gravoso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, posso usar da palavra? Agradeço a ponderação do eminente Ministro Luiz Edson Fachin e reconheço que há um problema teórico-doutrinário subjacente a essa discussão. Mas, aqui nesse caso, ocorreu o seguinte: a defensoria pública apelou da decisão de primeiro grau para o Tribunal de Justiça de Minas; o recurso foi parcialmente provido, no TJ de Minas, para aproximar a pena-base do mínimo legal. E o que fez o TJ/MG? Fixou o regime semiaberto para o cumprimento da pena, já lá perto dos fatos o Tribunal entendeu excessivo o regime fechado. Em grau de recurso, em REsp, na verdade, o Superior Tribunal de Justiça, a meu ver, ingressando erradamente - revolvendo fatos e provas e examinando a quantidade de drogas, a qualidade de drogas etc. -, altera o regime de semiaberto para fechado.

Há duas considerações a fazer. Primeiramente, uma teórica e doutrinária também, para saber se, em um REsp, o STJ pode ingressar nessa matéria - "não, há droga e tal!". Data vênia, com o devido respeito, e esse meu argumento nem tangencia os sólidos argumentos de Vossa Excelência, Ministro Fachin, é um outro argumento que eu trago, porque

HC 140441 / MG

o Superior Tribunal de Justiça, em REsp, e nós aqui, em RE, não podemos ficar examinando se a droga é "*assim ou assada*", qual a quantidade etc. Então, essa é a primeira ponderação de natureza teórica que faço.

Um argumento metajurídico, que queria colocar aqui - que me sensibiliza, quando examino essas questões - é o seguinte: o indivíduo é primário; não ostenta antecedentes; é a primeira condenação dele; quatro anos e pouco. Nós temos uma cultura de encarceramento, estamos fazendo o combate às drogas mediante o encarceramento cada vez mais intenso. Então os juízes - sobretudo, em alguns estados, do meu Estado de São Paulo, por exemplo -, falou-se em drogas, estão encarcerando.

Uma decisão, na linha proposta pelo eminente Ministro Luiz Edson Fachin, de certa maneira, vai numa direção contrária às reflexões que a Suprema Corte está fazendo, inclusive, no sentido da descriminalização das drogas.

Então, acho que aí temos um problema teórico importante, o qual Ministro Fachin está colocando, parece que isso terá que ser resolvido; temos uma outra questão, que é saber se é possível o revolvimento de fatos e provas para examinar que tipo e qual a quantidade de droga que o paciente estava portando.

E a terceira questão é justamente a de política judiciária de encarcerar um jovem desse, que tem o primeiro encontro com a Justiça, em regime fechado.

São apenas as ponderações que respeitosamente faço.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, se o eminente Ministro-Relator me permitir, inicialmente volto ao tema, mas não sem antes pontuar que temos uma zona de intersecção comum em relação a esta direção pela qual, de algum modo, a Corte tem se direcionado, pelo menos em relação a uma determinada espécie e quantidade de droga. Aliás, Vossa Excelência, Senhor Presidente, foi o Relator, eu tive a oportunidade de acompanhá-lo em alguma medida, e o julgamento no Pleno está nesta direção. Portanto, também tenho presente isso, e também a questão atinente a evitar que haja um superencarceramento em relação a destinatários, que, ao invés do sistema

HC 140441 / MG

prisional, devem ser de um sistema eficiente de políticas públicas de uma verdadeira recuperação e reinserção social; logo, aqui temos uma zona de intersecção comum.

A distinção, quiçá, da percepção do eminente Relator - e aqui com todas as vênias, trago ao debate - é nesta discussão, como disse, menos no caso concreto, mas mais de um debate teórico, de saber se é possível, portanto, para além da pena-base, que foi fixada, e no curso desse procedimento trifásico, que leva a dosimetria da pena, considerar uma das circunstâncias elencadas no art. 59 para, ao final, estabelecer, sem embargo da pena-base inicialmente apreendida, estabelecer um regime mais gravoso mediante a devida justificativa. E até mesmo no acórdão do eminente Relator, há a citação de um *habeas corpus*, da lavra de Vossa Excelência, Senhor Presidente - HC 133.028 -, em que Vossa Excelência assentou nesta linha - não, obviamente, na direção inicialmente do que estou a dizer, mas na linha de abrir esta possibilidade de uma justificação para o regime inicial mais gravoso -; assentou-se, neste *habeas corpus*, da lavra de Vossa Excelência:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o 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."

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vossa Excelência me permite um aparte? Perdoe-me, só para aproveitar esse gancho. Realmente, eu diria que se nós tivéssemos aqui discutindo a dosimetria da pena e o regime prisional a partir de uma decisão de Primeiro e de Segundo grau, penso que até nós poderíamos aprofundar essa discussão que o eminente Ministro está trazendo. Mas, em se tratando de uma alteração de regime no Superior Tribunal de

HC 140441 / MG

Justiça, quer dizer, aí, o que está havendo? Ou seja, eu não acho, com o devido respeito, tanto por Vossa Excelência, que nem se tangenciou essa questão, mas com relação a eminente Relatora, no Superior Tribunal de Justiça, penso que o STJ não pode ingressar nesta seara: não aprofundar a dosimetria, neste grau, que se fez neste caso concreto. Se o Juiz de primeiro grau ou o Juiz de segundo grau tivesse motivado - ou o Colegiado em segundo grau -, na linha de Vossa Excelência, aí, eu talvez, enfim, pudesse balançar um pouco.

Peço escusas por ter interrompido o raciocínio de Vossa Excelência, mas, com o devido respeito, continuo convencido, enfim, da solução que dei. Porém, atentar-me-ei, daqui para frente, para as ponderações de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sou eu que agradeço a lhaneza com que Vossa Excelência me distingue.

De fato, embora haja uma zona de intersecção comum quanto ao caso, temos aqui uma dissonância. Também peço todas as vênias, para manter a percepção que trago, e não entraria neste ponto específico da elasticidade do julgamento com que se houve a matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, até porque, efetivamente, de uma parte, há mesmo esse óbice ao revolvimento da seara fático-probatória. Tanto lá, quanto aqui, aliás.

Mas de outra parte, me permito pontuar que um reexame do regime inicial em sede de recurso da acusação, tenho para mim que integra a possibilidade de compreensão do Superior Tribunal de Justiça, que parece ter sido a hipótese advindo de um recurso do Ministério Público. E, em face desse recurso, o Superior Tribunal de Justiça acaba efetivamente alterando, como o eminente Relator disse, o julgamento de segundo grau, que houvera conhecido as circunstâncias, reconhecido a primariedade, as circunstâncias favoráveis para inclusive diminuir a pena, em relação à questão concernente ao tráfico privilegiado.

Então, Senhor Presidente, nesse ponto específico, considerando que, a rigor, houve um recurso da acusação, não verticalizo essa hipótese, porque esse não é o argumento central da dissonância que pontuei. O

HC 140441 / MG

argumento central é que - eu entendo - há esta possibilidade, mediante a devida justificação, de ser fixado um regime inicial mais gravoso.

É, de certa maneira, até lamentável que o caso aqui concerne a essa hipótese concreta, atinente às drogas. Ou seja, talvez não seja um caso exemplar para esse debate, mas é que ele surgiu, e por isso eu suscitei esta questão de compreensão da leitura do § 3º do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, incidentes na hipótese.

Deste modo, também peço todas as vênias, as mais respeitadas vênias ao eminente Ministro-Relator, para nesta hipótese respeitosamente, como disse, divergir de Sua Excelência.

Voto, portanto, pela denegação da ordem.

28/03/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 140.441 MINAS GERAIS**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Peço vênias a Vossa Excelência, ministro Fachin, para acompanhar o eminente Relator. De quando em vez, eu já até, Ministro, suscitei dúvida sobre os debates que travamos aqui, por exemplo, em relação à dosimetria. Mas isso não é infrequente; pelo contrário, temos tido uma avaliação, especialmente nesses casos que envolvem a apreciação dos crimes de tráfico de drogas, a partir daquela decisão que foi tomada no Plenário em que se reconheceu a possibilidade de adotar regimes mais atenuados, em relação ao modelo em que se aplicava a ideia de hediondez.

E o ministro Lewandowski traz, também, esse segundo aspecto, que pode até ser objeto de controvérsia, a propósito de ter ido, na cognoscibilidade, o próprio STJ para além dos limites permitidos. Mas a mim, me parece que, se formos perscrutar todos os casos que temos desse tema, veremos que temos sido, às vezes, até muito estritos na discussão da dosimetria, fixando, inclusive, o regime, especialmente, refazendo por completo a dosimetria em sede de *habeas corpus*. Até se pode dizer: "Mas isso não seria ortodoxo." Porém, de fato, acho que temos exemplos praticamente de todos os relatores em relação a essa temática.

De modo que vou pedir todas as vênias a Vossa Excelência para acompanhar o Relator, que está concedendo a ordem.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 140.441

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : ICARO RODRIGO DE OLIVEIRA GARCIA

IMPTE.(S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

Decisão: Indicado adiamento. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 7.3.2017.

Decisão: A Turma, por maioria, concedeu a ordem para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena de 4 anos e 10 meses imposta ao paciente, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin que a denegava. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 28.3.2017.

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

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko.

Ravena Siqueira
Secretária