



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.380 - SP (2011/0294176-1)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **LEANDRO DA COSTA GOMES**
ADVOGADO : **MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. OFENSA À SÚMULA VINCULANTE N.º 10. NÃO OCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO ART. 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. No caso, não se aplica o enunciado da Súmula Vinculante n.º 10, tendo em vista que, desde o ano de 2010 - **Habeas Corpus** n.º 97.256, Relator o Ministro Ayres Brito -, já admitia-se a fixação de regime diverso do fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas quando, aplicada a causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a sanção fosse substituída por medidas restritivas de direitos. Precedentes.

2. Desse modo, se a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados fora afastada por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário, principalmente diante do que dispõe o art. 481 do Código de Processo Civil.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n.º 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, qualquer dúvida a respeito do tema.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.380 - SP (2011/0294176-1)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão de fls. 88/93, em que concedi a ordem, para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente e determinar que o Tribunal reaprecie livremente a possibilidade da substituição da sanção reclusiva por medidas restritivas de direitos, afastado o óbice legal previsto no art. 44 da Nova Lei de Drogas.

O recorrente alega, em suas razões, que o **decisum** agravado incorreu em erro, porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, não afastou a imposição legal do regime fechado. Argumenta que "a declaração incidental de inconstitucionalidade referia-se ao tema de substituição de pena privativa de liberdade e não de fixação de regime nos crimes de tráfico" (fl. 106).

Sustenta, também, que "a decisão recorrida concedeu desautorizada interpretação extensiva à decisão da Suprema Corte", pois não pode "órgão fracionário de Tribunal negar aplicação de dispositivo de lei, ainda que não o declare expressamente inconstitucional, sob pena de violar cláusula de reserva de Plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal (Súmula Vinculante nº 10)" (fl. 109).

Registra, por fim, que a substituição de pena restritiva de direitos é "plenamente compatível com a fixação de regime inicial fechado aos condenados por crime de tráfico de drogas", na medida em que o réu poderá voltar a cumprir a sanção privativa de liberdade, em caso de descumprimento da reprimenda alternativa (fl. 110).

Diante disto, pede "que o presente agravo regimental seja submetido ao Colegiado, para que seja provido, no sentido de que seja afastada a possibilidade de alteração do regime inicial fechado" (fl. 113).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.380 - SP (2011/0294176-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Em que pese as bem lançadas argumentações do membro do **Parquet** Federal, a decisão agravada deve ser mantida.

O recorrente alega que a decisão agravada deveria, obrigatoriamente, observar a cláusula de reserva de plenário, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se apenas ao tema de substituição de pena privativa de liberdade e não de fixação de regime nos crimes de tráfico.

Entendo que, no caso, o mencionado enunciado não se aplica, isso porque, desde o ano de 2010 - **Habeas Corpus** n.º 97.256, Relator o Ministro Ayres Brito -, já admitíamos a fixação de regime diverso do fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas quando, aplicada a causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a sanção fosse substituída por medidas restritivas de direitos.

A Quinta Turma, portanto, quando deliberou pela modificação do regime inicial de cumprimento de pena, apenas alinhou-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não havendo falar, desse modo, em violação da cláusula de reserva de plenário - art. 97 da Constituição Federal.

Ora, entendo que imaginar o contrário seria desconsiderar os mais mezinhos princípios lógicos. Parece-me que, se não há impedimento à substituição de uma pena por outra, o mesmo há de suceder relativamente ao regime inicial de cumprimento de pena. Não podemos admitir, para uma mesma realidade, providências tão diferentes, uma de extrema benignidade - substituição da pena por medidas restritivas de direitos - e outra de máximo rigor - obrigatoriedade do regime inicial fechado. Tratar-se-ia de concepção deveras distante da proporcionalidade.

No mesmo sentido:

A - AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL INICIAL DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, a depender do quantum da pena e da análise das circunstâncias judiciais, posição lastreada no entendimento manifestado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 97.256/RS. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n.º 209.617/SP, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 6/8/2012)

B - CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do artigo 33, e da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.

*VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n.º 196.199/RS, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJe de 14/4/2011)*

Desse modo, estou convencido de que, se a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados fora afastada por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há falar, repita-se, em ofensa à cláusula de reserva de plenário, principalmente diante do que dispõe o art. 481 do Código de Processo Civil: "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

Aliás, sobre a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n.º 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, desse modo, qualquer dúvida a respeito do tema.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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.*

Nesse julgamento, lembrou o Relator - Ministro Dias Toffoli - que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, cito precedentes desta Corte adotando esse entendimento:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS** PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação à culpabilidade dos agentes.

2. Impossível infirmar a conclusão de existência dos maus antecedentes, quando a Defesa, detentora do ônus de demonstrar de plano o constrangimento ilegal suportado pelo Paciente, não junta a folha de antecedentes penais ou certidão cartorária equivalente aos autos, não permitindo, assim, se aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, o Paciente ostentava ou não, de fato, condenações definitivas anteriores.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

5. **Habeas corpus** parcialmente concedido, a fim de, mantendo a condenação pelo crime de tráfico de drogas, reduzir as penas-base dos Pacientes e adequar o regime prisional, nos termos do voto, restando as penas definitivas estabelecidas, para Francisco Maicon da Costa Silva, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 476 (quatrocentos e setenta e seis) dias-multa, no piso legal; e, para Ricardo Souza de Oliveira, em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 477 (quatrocentos e setenta e sete) dias-multa, no piso legal.

(HC nº 190.092/AC, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe 15/08/2012)

B - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO.*

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

2. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

*4. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC n.º 190.448/SP, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe 15/08/2012)*

Portanto, não há reparos a fazer ao julgamento realizado neste autos, isso porque o quadro de hoje se me apresenta ainda mais claro que o de ontem. Vejam que, ontem, era a possibilidade de substituição que permitia a interpretação exarada neste **habeas corpus** e que, hoje, o já mencionado art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Ora, se antes do julgamento do **Habeas Corpus** n.º 111.840/ES não havia impedimento à modificação do regime inicial, o mesmo há de suceder após a mencionada declaração incidental de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0294176-1

AgRg no
HC 227.380 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14642010 50100722865 722867420108260050

EM MESA

JULGADO: 25/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LEANDRO DA COSTA GOMES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : LEANDRO DA COSTA GOMES

ADVOGADO : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.