



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.865 - SP (2012/0087162-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON DOS SANTOS SANTANA

EMENTA

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. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 12 de julho de 2010, por portar 01 invólucro contendo cocaína, bem como manter em depósito mais 47 invólucros da mesma droga e 50 porções de crack.

2. 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.

3. 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.

4. Não existe razão para negar ao Paciente, primário e de bons antecedentes, o regime inicial semiaberto, devendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

5. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.865 - SP (2012/0087162-1)

IMPETRANTE : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON DOS SANTOS SANTANA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EMERSON DOS SANTOS SANTANA, condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Busca a zelosa Defensoria Pública, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 43.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 54/77, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 81/84, opinando pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.865 - SP (2012/0087162-1)

EMENTA

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. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 12 de julho de 2010, por portar 01 invólucro contendo cocaína, bem como manter em depósito mais 47 invólucros da mesma droga e 50 porções de crack.

2. 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.

3. 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.

4. Não existe razão para negar ao Paciente, primário e de bons antecedentes, o regime inicial semiaberto, devendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

5. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

No caso, o ora Paciente restou condenado como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 12 de julho de 2010, por portar 01 invólucro contendo cocaína, bem como manter em depósito, com corréu, mais 47 invólucros da mesma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga e 50 porções de crack.

A pena-base foi fixada 06 meses acima do mínimo legal, em razão da quantidade de substâncias apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), e reduzida ao piso pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, para ser novamente diminuída de metade pelo § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, totalizando a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa

Quanto à fixação do regime inicial fechado e à negativa de conversão da pena de prisão em sanções alternativas, a sentença condenatória foi mantida pelo acórdão impugnado, uma vez que a *"impossibilidade de substituição da carcerária por restritivas de direitos e a imposição do regime prisional fechado decorrem de lei e não merecem alterações"* (fl. 37).

No presente writ, renova-se o pedido de fixação do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É sabida a posição desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111840/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.

Confira-se a ementa do julgado:

"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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a irrestritamente a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07. (negrito nosso)"

Sendo assim, consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caráter hediondo 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.

Portanto, sendo o condenado primário e de bons antecedentes, ainda que a especial gravidade do crime - em face da grande quantidade de droga - tenha elevado sua pena-base, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada para adequar-se a individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Não existe razão para negar ao Paciente o regime inicial semiaberto, devendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes verbetes sumulares do Pretório Excelso:

"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." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Referido entendimento restou consolidado no enunciado n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

De outro lado, quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

Recentemente, desde 15/02/2012, a discussão perdeu sentido, em virtude da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da mencionada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedação.

Entretanto, segundo as disposições do art. 44, do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9.714/98, **somente** poderá ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o condenado não for reincidente e a culpabilidade, conduta social, a personalidade, os motivos e circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a medida.

As instâncias ordinárias, ao individualizar a reprimenda penal, reconheceram a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, o que, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA. CONDENAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERSONALIDADE. PROCESSO EM CURSO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO NEGADA. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. Embora a reprimenda aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal, fica justificada a imposição de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, e a negativa da substituição da pena, nos exatos termos do art. 44, III, do mesmo diploma legal.

[...]" (HC 83.569/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 12/04/2010.)

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. INCIDENTE DA EXECUÇÃO NÃO ENFRENTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO E INOCÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO PROBATÓRIO VÁLIDO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...]5. A culpabilidade acentuada e a personalidade voltada à prática delituosa constituem fundamentação idônea para justificar a exasperação da pena-base, a fixação de regime prisional mais gravoso do que o previsto pela pena cominada in concreto e o indeferimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena. Aplicação dos arts. 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, todos do Código Penal.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."
(HC 95.314/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 02/06/2008 - grifei.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* a fim de, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0087162-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240.865 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11512010 50100530036 530036520108260050

EM MESA

JULGADO: 28/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EMERSON DOS SANTOS SANTANA

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

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.