



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.554 - SP (2014/0031333-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MARCUS VINICIUS FURTADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ESTABELECIMENTO DO REGIME CARCERÁRIO INICIAL QUE DEVE DAR-SE À LUZ DO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE PROCEDER A TAL EXAME *PER SALTUM*, SOB PENA DE VEDADO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO EM REMÉDIO CONSTITUCIONAL DE MANEJO EXCLUSIVO DA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, em 27 de junho de 2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação conferida pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

2. Independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime carcerário 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, conforme a hipótese.

3. Não pode esta Corte proceder a tal exame *per saltum*, sob pena de vedado reforço de fundamentação em remédio constitucional de manejo exclusivo da Defesa.

4. Agravo regimental desprovido.

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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 03 de junho de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.554 - SP (2014/0031333-9)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MARCUS VINICIUS FURTADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face da decisão monocrática que proferi às fls. 106/103, assim ementada (fl. 106):

"HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS, APLICADA À RAZÃO DE 1/6 (UM SEXTO). REDUÇÃO FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA, NO PONTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PENA TOTAL SUPERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. WRIT NÃO-CONHECIDO. **ORDEM DE HABEAS CORPUS, CONTUDO, CONCEDIDA EX OFFICIO, PARA QUE O JUÍZO SENTENCIANTE ESTABELEÇA O REGIME CARCERÁRIO INICIAL À LUZ DO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.**" (grifei)

Alega o *Parquet*, nas razões do agravo, em suma, que *"a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 33,10 (trinta e três) gramas de cocaína e 9,48 (nove) gramas de "crack" - demonstram a maior gravidade e reprovabilidade da conduta, o que, a meu ver, impede a fixação do regime mais brando, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, combinado com o art. 42 da Lei nº 11.343/06"* (fl. 127).

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou o provimento do recurso, para que ao ato monocrático por mim proferido seja reformado por esta Quinta Turma, no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contraminuta às fls. 137/138.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 288.554 - SP (2014/0031333-9)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ESTABELECIMENTO DO REGIME CARCERÁRIO INICIAL QUE DEVE DAR-SE À LUZ DO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE PROCEDER A TAL EXAME *PER SALTUM*, SOB PENA DE VEDADO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO EM REMÉDIO CONSTITUCIONAL DE MANEJO EXCLUSIVO DA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, em 27 de junho de 2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação conferida pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

2. Independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime carcerário 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, conforme a hipótese.

3. Não pode esta Corte proceder a tal exame *per saltum*, sob pena de vedado reforço de fundamentação em remédio constitucional de manejo exclusivo da Defesa.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

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

A pretensão da Parte Agravante não pode prosperar.

Muito embora tenha alegado que, "*nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, combinado com o art. 42 da Lei nº 11.343/06*", impõe-se o regime fechado, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais regras para fixarem o regime carcerário.

Repito o que consignei, no ponto, na decisão agravada: há patente constrangimento quanto estabelecimento do regime prisional inicial, alvitado pelo Juiz Sentenciante nos seguintes termos (fl. 72):

"Por imposição legal, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado".

Tal conclusão foi ratificada pelo Desembargador-Relator da apelação, como se vê



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do fundamento abaixo reproduzido (fl. 80):

"[...] a fixação do regime inicial fechado é decorrente de expressa determinação legal (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90)."

Com efeito, nada justifica que, até hoje, Tribunais e Juízes continuem a valer-se de entendimento como o consignado na sentença – e que ainda foi ratificado em segunda instância –, pois **declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**.

Rememore-se: em 27 de junho de 2012, ao julgar o HC nº 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, a Corte Suprema declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 (redação dada pela Lei nº 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. ""

Na ocasião, estabeleceu 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, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Carta Magna, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcreva-se 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."

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime carcerário 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, conforme a hipótese.

Acrescente-se ainda que esta Corte não pode proceder a tal exame *per saltum* – como pretende o Ministério Público Federal –, sob pena de vedado reforço de fundamentação em remédio constitucional de manejo exclusivo da Defesa.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ALVITRADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 440/STJ. REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO EXCLUSIVAMENTE PELO CONDENADO. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO DEFINITIVA FIXADA EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA ESTABELECE O REGIME INICIAL ABERTO.

1. 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 com base apenas na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do entendimento sedimentado no enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte Superior.

2. Em hipótese de recurso de apelação criminal interposto exclusivamente pelo condenado, não pode o Tribunal consignar circunstâncias diversas do Magistrado Sentenciante para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, sob pena de incorrer em ilegal reforço de fundamentação.

3. Ordem de habeas corpus concedida apenas para estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva, mediante condições a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal." (HC 266.230/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013 – grifei.)

Assim, deve manter-se íntegra a decisão na qual não conheci do writ, contudo, concedi ordem de *habeas corpus ex officio*, para que o Juízo Sentenciante estabelecesse o regime prisional inicial à luz do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0031333-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 288.554 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03554500620108260000 20130000724820 3554500620108260000 577100067591
990103554507

EM MESA

JULGADO: 03/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA PEREIRA DO AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCUS VINICIUS FURTADO
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

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 : MARCUS VINICIUS FURTADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.