



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.080 - SP (2012/0018390-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS DE ALMEIDA PEREIRA
PACIENTE : OBERDAN FELIPE OLIVEIRA DA ROCHA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

1. O tema relativo à fixação do regime prisional, no que se refere ao paciente Elias de Almeida Pereira, não foi debatido na instância precedente, de modo que avaliá-lo, nesta sede implicaria em indevida supressão de instância.
2. A Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.
3. A imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.
4. Na hipótese, o regime inicial fechado foi imposto com base unicamente na hediondez do tráfico, cabendo sua reavaliação. Contudo, tais parâmetros devem ser examinados pelo juízo das execuções, uma vez que a instância precedente não chegou a valorar os elementos concretos contidos nos autos.
5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, A Sexta Turma, por unanimidade, conhecer em parte da ordem e, nesta extensão, a conceder parcialmente, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 19 de abril de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.080 - SP (2012/0018390-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Elias de Almeida Pereira e Oberdan Felipe Oliveira da Rocha, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o primeiro paciente foi condenado pela prática de tráfico de entorpecentes, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Já o segundo paciente, Oberdan Felipe Oliveira da Rocha, foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, também em regime fechado, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do mesmo delito.

Irresignada, apelou a defesa dos réus. Ao feito foi negado provimento.

Neste *writ*, insurge-se a defensoria-impetrante contra a fixação de regime mais gravoso para início de cumprimento da pena, alegando que para a fixação do regime prisional devem ser observados os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em obediência ao princípio da individualização da pena.

Requer a fixação de regime prisional menos gravoso, adequado à pena estabelecida para cada um dos pacientes.

A liminar foi indeferida à e-fl. 36.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Sílvia de Meira Luedemann, opinou pela denegação da ordem (e-fls. 46/55).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.080 - SP (2012/0018390-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): De início, esclareço que o pleito não pode ser conhecido no que se refere ao paciente Elias de Almeida Pereira. Isso porque o tema referente à modificação de regime prisional para este réu não foi objeto de questionamento e debate na instância precedente, de modo que examiná-lo nesta via implicaria indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

.....
REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

1. A questão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

*2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.
(HC 217.911/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 10.2.2012)*

Quanto a Oberdan, a ordem merece ser conhecida.

Ressai dos autos que o paciente e o corréu foram abordados por policiais que, mediante revista pessoal dos acusados, lograram encontrar com Oberdan 50 (cinquenta) papelotes contendo cocaína e com Elias outros 26 (vinte e seis) papelotes com cocaína, 3 (três) pedras de crack e 1 (uma) trouxinha de maconha.

A pena foi fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecido o regime prisional fechado. Em segundo grau, entre outros temas, foi questionada a imposição de regime mais gravoso para cumprimento da pena.

O Tribunal bandeirante assim se manifestou, **in verbis**:

O crime de tráfico de entorpecente, por expresse comando constitucional, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLII). O texto constitucional não excepciona, razão pela qual não há como excluir-se o traficante enquadrável no § 4º do art. 33.

O rigor que a Carta Política tratou o traficante é incompatível com quaisquer benefícios, razão pela qual o legislador ordinário prescreveu que, embora reduzida a pena corporal, esta não poderá ser convertida em penas restritivas de direitos. Explica-se, da mesma forma, a previsão legal de que o regime inicial, em tal caso, será fechado (art. 2, § 1º, da Lei n.º 8.072/90), na redação que lhe deu o art. 1º, da Lei 11.464/07. (e-fls. 12/13).

Vê-se que, o julgador se valeu unicamente do óbice previsto na Lei de Crimes Hediondos para negar outros benefícios ao sentenciado, contrariando entendimento dos Tribunais Superiores.

Por ocasião do julgamento do HC 167.849/MG (sessão do dia 25.5.2010), salientei que, com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

Disse mais: a Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Nesse sentido, verifiquem-se os precedentes: HC-130.113/SC, Relator Ministro Nilson Naves; HC-154.570/RS, Relatora Ministra Maria Thereza; e HC-128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Este último assim sumariado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

(HC 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5/10/2009)

Dito isto, pode-se afirmar que a hediondez do tráfico de entorpecentes não serve para justificar uma maior penalização do réu, cabendo a avaliação de dados concretos. Contudo, tais parâmetros devem ser avaliados pelo juízo das execuções, uma vez que a instância precedente não chegou a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Diante do exposto, conheço parcialmente do **habeas corpus** e, nessa extensão, voto pela concessão parcial da ordem tão-somente para que o juiz reavalie a aplicação do regime prisional de Oberdan Felipe Oliveira da Rocha, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0018390-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.080 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18752009 3732998820108260000 50090959361 990103732995

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS DE ALMEIDA PEREIRA
PACIENTE : OBERDAN FELIPE OLIVEIRA DA ROCHA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu em parte da ordem e, nesta extensão, a concedeu parcialmente, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.