



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.569 - DF (2012/0039784-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO DE CASTRO BARRETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : VANESSA DE FÁTIMA RAMOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado na vigência da Lei 6.368/76.

2. Não preenchido o requisito objetivo, uma vez que a pena definitiva foi estabelecida em patamar superior a quatro anos de reclusão, por força de concurso material, já que a paciente foi condenada também por associação para o narcotráfico, não há ilegalidade na negativa de permuta.

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO E PROGRESSÃO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO SEMIABERTO DEVIDO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, bem como a progressão para sistema prisional mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. A gravidade concreta do delito praticado, já que a paciente foi flagrada transportando 1 (um) quilograma de maconha, justifica a imposição do regime inicial semiaberto, em relação ao crime de tráfico de drogas.

REGIME. MODO SEMIABERTO. ALEGADA AUSÊNCIA DE CASA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE ALBERGADO. PRETENDIDA COLOCAÇÃO DA PACIENTE EM PRISÃO DOMICILIAR. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *MANDAMUS* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Não tendo a questão referente à colocação da paciente em prisão domiciliar, em caso de inexistência de vaga em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, sido objeto de debate pelas instâncias ordinárias, não pode ser apreciada **diretamente** por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e ainda sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta à paciente, determinando, outrossim, que a possibilidade de progressão prisional seja analisada de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não da Lei 11.464/07.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.569 - DF (2012/0039784-9)

IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO DE CASTRO BARRETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : VANESSA DE FÁTIMA RAMOS (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de VANESSA DE FÁTIMA RAMOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que conheceu em parte e nessa extensão denegou a ordem no HC n. 20120020001561-9, em que se buscava a concessão de liberdade provisória, a alteração do regime prisional e a prisão domiciliar à paciente, condenada ao cumprimento de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76, e à 3 anos de reclusão, em regime aberto, mais multa, por violação ao art. 14 da Lei 6.368/76.

Informa que a defesa requereu ao Juízo das Execuções a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, bem como a mudança do regime prisional para o semiaberto e outros pedidos, com base no art. 66 da Lei de Execuções Penais, tendo o pleito sido indeferido, dando ensejo à impetração de *habeas corpus* perante a Corte originária, que denegou a ordem na parte conhecida do *writ*.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, argumentando que, consoante precedentes dos Tribunais Superiores, no tocante ao crime de tráfico de drogas, a paciente faria jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como à imposição do regime aberto, ou semiaberto, e ainda à progressão de regime na fração de 1/6 (um sexto), pois o delito foi cometido em 2002.

Requereu, liminarmente e no mérito, a mudança do regime prisional em relação ao crime de tráfico de drogas para o aberto, ou semiaberto, nesse último caso com o deferimento da prisão domiciliar, uma vez que se encontra segregada desde 29-9-2011 e no Distrito Federal não haveria dependências próprias ao cumprimento da pena nesse tipo de regime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, garantindo-se a progressão na forma do art. 112 da LEP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, para que seja fixado regime prisional mais benéfico.

O impetrante ingressou com pedido de preferência no julgamento do presente remédio constitucional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.569 - DF (2012/0039784-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que a paciente foi condenada em primeira instância à sanção de 6 (seis) anos de reclusão, os primeiros 3 (três) anos em regime **integralmente** fechado e os demais em regime aberto, mais multa, pela prática das infrações penais capituladas nos arts. 12 e 14, ambos da Lei 6.368/76, porque teria se associado permanentemente aos demais corréus para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, constando da denúncia que, na quadrilha, teria a função de distribuidora de droga, sendo surpreendida, em 15-8-2002, transportando 1 kg (um quilograma) de maconha (fls. 74 e 79).

Consta que a defesa ingressou com pedido de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e de fixação de regime diverso perante o Juízo das Execuções, que indeferiu os pleitos, sob as seguintes argumentações:

[...] no caso em análise, a sentenciada restou condenada à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, em concurso material.

[...]

Na hipótese específica dos autos, percebe-se que há concurso material e diante da redação do artigo 69 do CP, inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o total da pena foi superior a 4 anos de reclusão.

No que tange ao pedido de alteração do regime prisional de cumprimento de pena, deve-se observar que a individualização da pena já foi feita na sentença, conforme o exposto no artigo 59, III, CP. Desse modo, não cabe, a este Juízo, rever a fixação do regime inicial de cumprimento de pena. (fls. 53-54)

Inconformada a defesa aforou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que conheceu em parte do *mandamus* e, nessa extensão, denegou a ordem, assim justificando:

Trata-se, pois, de decisão fundamentada onde o MM. Juiz destaca que a pretendida substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos é inadmissível por falta do preenchimento de requisito objetivo. Ora, se o total da pena aplicada à paciente é superior a quatro anos de reclusão, tem-se como não preenchido o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

Quanto aos pedidos de fixação do regime aberto ou semiaberto, nenhum reparo merece a decisão, haja vista que em se tratando de condenada por crime de tráfico de entorpecentes, o regime de cumprimento não podia ser outro senão o fechado, eis que decorre de lei.

O pleito de deferimento de prisão domiciliar não foi submetido ao exame do MM. Juiz apontado como autoridade coatora. Com efeito, na decisão vista por cópia às fls. 21-22, o MM. Juiz indeferiu os pedidos de substituição de pena e modificação do regime prisional, nada dispondo quanto ao pedido formulado neste writ, de concessão de prisão domiciliar. Destarte, esse pleito não pode ser conhecido pela Eg. Turma, a fim de se evitar a supressão de instância. (fls. 32-33)

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena restou estabelecida definitivamente em 6 (seis) anos de reclusão, por força do concurso material, ou seja, é superior ao previsto no inciso I do art. 44 do CP.

No referente ao regime prisional, melhor sorte socorre o impetrante.

Consta da exordial acusatória que os fatos imputados à paciente relacionados ao crime de tráfico de drogas ocorreram **no ano de 2002**, antes, portanto, do advento da Lei 11.464, de 29 de março de 2007.

Com efeito, ante a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que determinava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos ou equiparados em regime integralmente fechado, passou a ser perfeitamente possível, aos condenados por esses tipos de delitos a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, bem como a progressão para sistema prisional mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em vigor, como reiteradamente vem orientando este Superior Tribunal.

Nessa direção, tem-se:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

2. Assim sendo, em se tratando de crimes hediondos, para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

5. Ordem concedida. (HC n.º 60523/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 25-10-2007)

No mesmo sentido, do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: EXECUÇÃO. Criminal. Pena. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Incidência do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação determinada pela Lei nº 11.464/07. Fato ocorrido antes da vigência da lei. Retroatividade de lei penal mais gravosa. Inadmissibilidade. Reclusão por tempo inferior a 4 (quatro) anos. Incidência do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. HC concedido. Aplicação da súmula 719.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impõe a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação, aos fatos praticados antes da edição da Lei n.º 11.464/07, da regra geral do art. 33, § 2, 'b', do Código Penal, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena." (HC n.º 98.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 15-12-2009, DJe 12-2-2010)

Desta forma, presente a ilegalidade aventada na inicial, visto que perfeitamente possível o estabelecimento de regime inicial menos severo que o fechado aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes do advento da Lei 11.464/07, como se verifica ter ocorrido na hipótese *sub examine*, devendo a escolha do modo prisional observar as regras previstas no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal, e a possibilidade de progressão de regime ser analisada de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não da Lei 11.464/07, pois o crime foi cometido em 2002.

Assim, e não obstante a existência de elementos nos autos que demonstrem a gravidade concreta do delito praticado, já que a paciente foi flagrada transportando 1 (um) quilograma de maconha, **mostra-se desproporcional**, no presente caso, a imposição do regime fechado para o cumprimento da pena relativa ao delito de tráfico de entorpecentes (para o de associação para o narcotráfico o Juiz sentenciante estabeleceu o inicial aberto), quando a reprimenda foi fixada definitivamente em 3 (três) anos de reclusão e a paciente é primária, sendo devido o estabelecimento do modo **semiaberto**, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. MAJORANTE NÃO PREVISTA PELA LEI N.º 11.343/06. ABOLITIO CRIMINIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 - que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente do quantum de pena aplicado -, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2. Sendo o condenado primário e de bons antecedentes, ainda que a especial gravidade do crime 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 artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

3. Não existe razão para negar à 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.

4. 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.

5. A Lei n.º 11.343/06, ao definir novos crimes e penas, não previu a incidência de majorante na hipótese de associação eventual para a prática dos delitos nela previstos. Logo, diante da abolitio criminis trazida pela nova lei, impõe-se retirar da condenação do Paciente a causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76.

6. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente. Habeas corpus concedido, de ofício, para excluir da condenação o aumento da pena pela aplicação do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/1976, e readequar a reprimenda nos termos do voto.

(HC 195.931/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 27/09/2011)

No que tange à suposta ilegalidade referente ao pedido de prisão domiciliar, ante a alegada ausência de estabelecimento prisional adequado no Distrito Federal para o cumprimento da sanção no regime semiaberto, verifica-se que a questão não foi examinada pelo Juízo singular, já que findou prejudicada ante o indeferimento do pedido de mudança de regime de execução, nem pela Corte originária, exatamente por esse motivo, não podendo, portanto, ser apreciada **diretamente** por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e ainda sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desta Casa.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPORAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte, a hediondez do delito não é afastada pelo reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Entorpecentes.

2. Hipótese em que o julgador monocrático se valeu de circunstâncias inerentes à conduta do acusado para fixar o regime mais gravoso para cumprimento da pena.

3. O tema relativo à substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi debatido na instância precedente, de modo que avaliá-lo nesta sede implicaria indevida supressão de instância.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão denegada.

(HC 193.742/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012)

Com efeito, a competência deste Superior Tribunal de Justiça está expressamente prevista no art. 105 e incisos da Constituição Federal, exigindo, para conhecimento da matéria trazida, em caso de *habeas corpus*, a existência de ato coator de Tribunal sujeito à sua jurisdição ou de quaisquer das outras autoridades elencadas no inciso I, alíneas *b* e *c*, da CF/88, o que não se vislumbra ocorrer na hipótese que se apresenta.

Diante de todo o exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, concede-se em parte a ordem, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta à paciente, determinando-se, outrossim, que a possibilidade de progressão de regime seja analisada de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não da Lei 11.464/07.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0039784-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 234.569 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200234000191840 200334000179309 201129020118070015 20120020015619

EM MESA

JULGADO: 28/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : JOSÉ PEDRO DE CASTRO BARRETO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : VANESSA DE FÁTIMA RAMOS (PRESO)

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.