



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 156.597 - SP (2009/0241532-6)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
EMBARGANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
EMBARGADO : **JACQUELINE RIBEIRO BARBOZA**
ADVOGADO : **FILOVALTER MOREIRA DOS SANTOS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO**

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

3. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do processo por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

4. A aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo.

5. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – que iniciem a expiação no regime mais gravoso.

6. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. 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.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012 (data do julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 156.597 - SP (2009/0241532-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: O Ministério Público Federal opôs embargos de declaração ao acórdão proferido por esta Sexta Turma, que concedeu parcialmente a ordem, nos termos desta ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. POSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, foram apreendidos 42 (quarenta e dois) invólucros com peso total de 15,24 g (quinze gramas e vinte e quatro decigramas) de cocaína. Essa quantidade de entorpecentes, aliada à inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a pena-base foi fixada no piso legal), autorizam a aplicação da minorante citada no patamar máximo, de 2/3 (dois terços).

3. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos de reclusão, a presença da majorante decorrente do envolvimento de menor na prática delitiva mostra ser adequado o regime semiaberto para o início da expiação.

4. Dentro das mesmas balizas, não é socialmente recomendável a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem concedida para, de um lado, elevando para 2/3 (dois terços) o percentual relativo à minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diminuir a pena recaída sobre a ora paciente, de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade.

Alega o embargante, em síntese, a existência de omissão, porquanto o estabelecimento do regime prisional fechado para o início da expiação teria contrariado o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, na redação que lhe foi dada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela Lei nº 11.464/07.

Pede, sejam supridas as máculas apontadas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 156.597 - SP (2009/0241532-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, o que não ocorre na hipótese em apreço.

Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

No processo de submissão da lei ao **filtro constitucional**, imposto ao julgador, cabe-lhe a defesa dos direitos fundamentais. Assim, se o preceito está em harmonia com a Constituição, válido é; se de interpretação dúbia, empresta-se aquela que melhor confira eficácia normativa à Carta Política; se não resiste ao embate com os seus princípios, é declarado inconstitucional. Isso porque não se pode salvar a lei à custa da Constituição, norma sabidamente de maior envergadura em um ordenamento jurídico.

É bem de ver, em primeiro lugar, que no Estado Democrático de Direito, a produção das normas deve se mostrar ajustada com o processo constitucional, matriz e bússola de navegação do devido processo legislativo.

Leia-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, in "Teoria Geral do Processo", 3ª ed., pp. 97/98:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da idéia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje **são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas.** (grifei)*

Isso obviamente representa uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A forma normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida a vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais...Note-se que, quando a norma não pode ser interpretada de acordo com a Constituição, evidentemente não há interpretação de acordo, porém necessidade de controle da constitucionalidade da lei.

É preciso compreender, nessa linha de raciocínio, que os *princípios*, no que diz respeito a sua natureza, constituem-se verdadeiras *normas jurídicas* e, por isso, impõe-se-lhes observância, dada a sua força cogente.

Em casos como o presente, a aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo. Isso porque se estaria a lançar o condenado a uma pequena sanção a cumpri-la no regime mais gravoso. Relembrando as passagens do Eminentíssimo Ministro Nilson Naves, devemos todos "evitar a ação criminógena do cárcere" (por exemplo, HC-144.117/MG, DJ de 30.11.09).

Foi no ano de 2006 que o Supremo Tribunal Federal, em paradigmática decisão plenária, declarou a inconstitucionalidade da proibição à progressão de regime prevista no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, assentando que tal norma afronta o **princípio da individualização da pena**. O aresto recebeu a seguinte ementa:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.

Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(HC nº 82.959/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06)

Resgato trecho do voto do eminente Ministro Eros Grau por entender pertinente com a matéria ora em análise:

No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena (art. 50, XLVI), direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis (art. 50, XLVII, "e") e o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais.

Acentuou o Ministro Gilmar Mendes, na oportunidade, que "o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização".

O legislador pátrio, atento à referida evolução jurisprudencial, editou, em 28.3.07, a Lei nº 11.464, que, modificando a redação da Lei nº 8.072/90, **derrogou a vedação à progressão de regime**, estabelecendo que a pena a condenados por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo devem ser descontadas apenas inicialmente no regime fechado.

No entanto, persistiu – e ainda persiste – a ofensa ao princípio da individualização pena. Ora, **se o dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos** – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – **que iniciem a expiação no regime mais gravoso**.

Ainda mais. A Lei não anda 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.

É certo que neste Colegiado já contamos com alguns julgados no sentido ora defendido. Sejam exemplos, os **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. Deste último precedente, recupero a ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC-128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)

Rejeito, pois, os embargos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0241532-6

EDcl no
HC 156.597 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 6892008 990090951974

EM MESA

JULGADO: 07/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FILOVALTER MOREIRA DOS SANTOS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACQUELINE RIBEIRO BARBOZA

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : JACQUELINE RIBEIRO BARBOZA
ADVOGADO : FILOVALTER MOREIRA DOS SANTOS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. 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.