



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.386 - MS (2011/0235160-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : REGINALDO SANTANA MOREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO.

1. 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 a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

2. 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. Precedentes.

3. Em igual sentido, decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal (HC n.º 111.840/ES), ao declarar inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado.

4. Nos casos em que a instância ordinária não chega a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentou a fixação do regime fechado na hediondez do crime de tráfico de entorpecentes, compete ao Juízo de origem reavaliar, em dado concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado.

5. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo de Primeiro Grau ou das Execuções Penais – a depender a existência ou não do trânsito em julgado – reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 11 de setembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.386 - MS (2011/0235160-9)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Reginaldo Santana Moreira da Silva, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, à qual foi negado provimento.

No presente *writ*, alega ser possível, no crime de tráfico de entorpecentes, a fixação de regime menos gravoso para resgate da sanção corporal.

Requer, no mérito, a fixação de regime semiaberto para início da expiação.

Liminar indeferida em 23/9/2011 (e-fl. 190).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-fls. 197/199).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.386 - MS (2011/0235160-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Extraí-se dos autos que o paciente mantinha em depósito a quantia de 19 (dezenove) papелotes de cocaína, totalizando 6,2 g (seis gramas e dois decigramas) da droga, com o fim de comercialização.

Por meio de sentença proferida, o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mais 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Contra esta decisão, a defesa interpôs apelação, sendo negado provimento ao recurso.

Na presente impetração, busca o paciente a imposição de regime diverso do fechado para início do resgate da reprimenda.

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 do 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 recentes julgados:

PENAL. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

1. Inviável a apreciação da questão relativa à suspensão condicional do processo, por não ter sido objeto de análise pelo Tribunal de Origem, não podendo ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. **Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso.**

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas, em atenção ao art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 (com a nova redação da Lei 11.464/07).

4. Ordem parcialmente conhecida, e nesta extensão, concedida, em parte, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 189.931/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/6/2012)

HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, infere-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comento com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que o sentenciado se dedicaria a atividades delituosas, especialmente ao cometimento do narcotráfico.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

3. **Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.**

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. **A ordem deve ser parcialmente concedida, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente mais gravoso, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar a eventual possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado ao paciente, considerando o quantum de pena aplicado, a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida, bem como as demais circunstâncias do caso concreto, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.**

6. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

7. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

8. Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente mais gravoso, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar a eventual possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado ao paciente, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

(HC 202.964/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/5/2012)

Em igual sentido decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal, no HC n.º 111.840/ES, ao declarar inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado. Veja-se o Informativo n.º 672:

É inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 ("Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: ... § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deferiu habeas corpus com a finalidade de alterar para semiaberto o regime inicial de pena do paciente, o qual fora condenado por tráfico de drogas com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e regime inicialmente fechado, por força da Lei 11.464/2007, que instituía a obrigatoriedade de imposição desse regime a crimes hediondos e assemelhados — v. Informativo 670. Destacou-se que a fixação do regime inicial fechado se dera exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou-se que não se teriam constatado requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. ***Ressaltou-se que, assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico — já declarada inconstitucional pelo STF —, a definição de regime deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração.*** Ademais, seria imperioso aferir os critérios, de forma concreta, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. ***Consignou-se que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou-se que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que denegavam a ordem.
(HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/6/2012)

No caso, a instância ordinária não chegou a valorar os elementos contidos nos autos com base dos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentou a fixação do regime fechado na hediondez do crime de tráfico de entorpecentes.

Assim, diante desse contexto, compete ao Juízo de origem reavaliar, em dados concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado para início de cumprimento da pena.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem para que o Juízo de Primeiro Grau ou da Execução Penal - a depender da existência ou não do trânsito em julgado - reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0235160-9

HC 220.386 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110217496 591999120108120001

EM MESA

JULGADO: 11/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : REGINALDO SANTANA MOREIRA DA SILVA (PRESO)

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.