



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 282.946 - RS (2013/0386180-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ASSIS GARCIA JADALLA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1.** OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2.** RECURSO IMPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007. Dessa forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 282.946 - RS (2013/0386180-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão de fls. 498/503, na qual concedi **habeas corpus** de ofício para determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise o regime prisional a ser imposto na espécie, bem como a possibilidade de substituição da sanção reclusiva por medida restritiva de direitos, afastada a vedação legal.

Em suas razões, sustenta o agravante que, "no que tange à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, há previsão legal expressa determinando a obrigatoriedade de fixação do regime prisional inicial fechado aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes" (fl. 514).

Assinala que a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 se deu em tema de controle difuso, de modo incidental, produzindo, desse modo, apenas efeitos **inter partes** e **ex tunc**. Diante disso, entende "não ser possível a fixação de regime prisional diverso do fechado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, visto que a previsão legal se encontra em consonância com a Constituição Federal por se tratar de crime equiparado a hediondo" (fl. 518).

Pede a reconsideração da decisão singular ou, caso assim não se entenda, a remessa do presente recurso à Quinta Turma desta Corte, bem como o provimento da irresignação para que não se conheça do **habeas corpus**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 282.946 - RS (2013/0386180-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Não obstante as bem lançadas argumentações do membro do **Parquet** Federal, a decisão agravada deve ser mantida.

Inicialmente, esclareço que a despeito de a Corte Estadual não ter apreciado a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena – situação obstativa da análise do tema pelo Superior Tribunal de Justiça – divisei, na espécie, teratologia evidente a ensejar a concessão de **habeas corpus** de ofício, pois o regime inicial fechado foi estabelecido na sentença unicamente em razão da natureza do crime – equiparado a hediondo –, em evidente confronto à atual orientação desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ART. 16 DA LEI Nº 6.368/1976. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA. MERA DESPENALIZAÇÃO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL **A QUO**. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

7. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício, porquanto o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado foi fixado pelo Juízo de primeiro grau com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

[...]

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, 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 de pena. (HC n.º 218.070/SP, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 17/12/2013.)

De mais a mais, conforme verifica-se da decisão agravada, o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

O regime de cumprimento de pena foi assim estabelecido:

Reconheço o caráter hediondo do crime, motivo pelo qual a pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07. Também por essa razão, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que considero o benefício incompatível com crimes hediondos.

Como se vê, o regime fechado foi fixado unicamente diante da natureza do delito – equiparado a hediondo –, o que configura constrangimento ilegal, pois não é mais possível a imposição do regime mais severo com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. É que a obrigatoriedade do regime fechado para os crimes hediondos e equiparados foi declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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 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.

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

Não se olvida, contudo, que, antes mesmo desse pronunciamento definitivo, tanto a Corte Constitucional quanto este Tribunal Superior já vinham superando o óbice legal e concedendo o regime mais brando quando ausentes os requisitos a impor o regime fechado, a fim de que fossem observados os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Dessa forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.

Nesse sentido:

[...]

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime intermediário, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto".

6. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto. (HC 190.780/SC, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 17/10/2012.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0386180-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 282.946 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00721200025136 70050912757 70054869821 70056173289 721200025136

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ASSIS GARCIA JADALLA

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 : ASSIS GARCIA JADALLA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.