



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.535 - SP (2010/0225629-2)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARMANDO SOLIZ AGUILERA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido trazendo consigo 95 cápsulas de cocaína.

2. No julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. 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.

4. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.535 - SP (2010/0225629-2)

IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARMANDO SOLIZ AGUILERA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de ARMANDO SOLIZ AGUILERA, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da apelação n.º 990.10.128715-3.

Consta na peça inicial que o Paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, porque surpreendido trazendo consigo 95 cápsulas de cocaína. .

Irresignado, o Ministério Público apresentou recurso de apelação, pugnando pela causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006.

A Corte de origem deu provimento ao apelo ministerial para, mantida a condenação, reconhecer a majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, fixando a pena definitivamente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantido o regime fechado.

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente *writ*, pleiteando-se a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, bem como a fixação do regime prisional aberto.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 36/63.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 67/69, opinando pelo não conhecimento da ordem, bem como pela concessão de ofício para afastar o óbice dos arts. 33, § 4.º, e 44, ambos da Lei de Drogas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.535 - SP (2010/0225629-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido trazendo consigo 95 cápsulas de cocaína.

2. No julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. 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.

4. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

O acórdão impugnado, após reconhecer a causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, fixou a pena definitivamente em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime fechado.

A Defesa pleiteia, ante as circunstâncias judiciais favoráveis reconhecidas na sentença, a primariedade do Paciente, bem como o *quantum* de pena (fl. 14), a conversão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, bem como a fixação do regime prisional aberto.

Quanto à **substituição da reprimenda corporal**, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena. Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

Recentemente, desde 15/02/2012, a discussão perdeu sentido, em virtude da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da mencionada vedação, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

*Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."*

Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o Acusado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, no que se refere ao alegado direito ao **regime inicial de cumprimento de pena**, é conhecida a posição desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, 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.

Confira-se 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 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (STF, HC 111.840/ES, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado no dia 27/06/2012.)

Com efeito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Desse modo, consoante orientação da Suprema Corte, afastada a disposição constante do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o que dispõe o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0225629-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 192.535 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50090623541 990101287153

EM MESA

JULGADO: 16/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ARMANDO SOLIZ AGUILERA

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.