



SENADO FEDERAL
OFÍCIO "S"
Nº 8, DE 2014

SIGAD Nº

00100-013373/2014-26

Ofício n. 285/2014

PRESIDÊNCIA

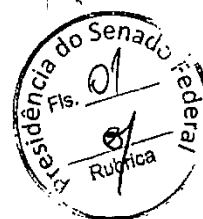
Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

HABEAS CORPUS Nº 111.840

PACIENTE: Edmar Lopes Feliciano

IMPETRANTE: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo

COATOR: Superior Tribunal de Justiça



Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para os efeitos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no *habeas corpus* mencionado, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 17 de dezembro de 2013, mediante o qual o Plenário desta Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Seguem, também, cópias da referida legislação e do parecer da Procuradoria-Geral da República, bem assim da certidão de trânsito em julgado.

Atenciosamente,

Ministro JOAQUIM BARBOSA
Presidente

A Sua Excelência o Senhor
Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Senado Federal

Presidência do Senado Federal
Jacqueline Souza. Mat. 4725
RECEBI O ORIGINAL

Em: 20/02/14 Hs: 18/00

DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO
PROTÓCOLO ADMINISTRATIVO

20 FEV 18 22 2014

SENADO FEDERAL



Supremo Tribunal Federal



Certidão de Trânsito

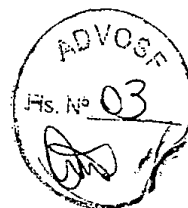
Habeas Corpus n. 111840

PACTE.(S) : EDMAR LOPES FELICIANO
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Seção de Processos Originários Criminais)

Certifico que o(a) acórdão/decisão publicado(a) no dia 17/12/2013 transitou em
julgado em 12/2/2014.
Brasília, 13 de fevereiro de 2014.

DENIS MARTINS FERREIRA
Matrícula 2190



27/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : EDMAR LOPES FELICIANO
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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 nº 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.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 39

HC 111.840 / ES



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 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.

ACÓRDÃO

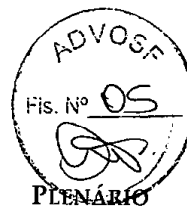
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir a ordem e declarar, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de junho de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 39



14/06/2012

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : EDMAR LOPES FELICIANO
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em favor de Edmar Lopes Feliciano, buscando a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 200.779/ES impetrado àquela Corte, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

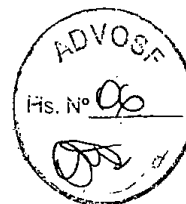
Sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente preencheria os requisitos exigidos no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal para iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, bem como que não teria sido fundamentada a fixação do regime mais gravoso.

Alega, ademais, que:

“a fixação do regime semiaberto foi afastada com base na quantidade de droga apreendida, motivação já utilizada para negar a aplicação da minorante prevista na Lei 11.343/06. Considerando o raciocínio adotado em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, o caso em debate retrata clara dupla valoração negativa, o que caracteriza ‘bis in idem’.” (fl. 11 da petição inicial).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 39



HC 111.840 / ES

Aduz, ainda, que, ao fixar a reprimenda, o Juízo processante igualmente negou a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, deixando de fundamentar sua decisão, tendo essa omissão sido indevidamente suprida pelo TJES, o que é vedado em sede recursal exclusiva da defesa.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que *“seja autorizado o cumprimento em regime semiaberto da reprimenda imposta ao paciente”* e, ao final, que *“que seja fixado o regime prisional semiaberto para cumprimento da pena”* (fl. 12 da inicial).

Em 29/12/11, o Ministro **Ayres Britto**, Vice-Presidente, durante o período do recesso forense, indeferiu a medida liminar e dispensou as informações da autoridade coatora, solicitando-as, contudo, ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



14/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 200.779/ES, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, o qual foi impetrado àquela Corte com o mesmo objetivo ora pretendido.

Narra a impetrante, na inicial, que:

"(...)

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo ofereceu denúncia em desfavor de EDMAR LOPES FELICIANO, ora paciente, imputando-lhe o crime previsto no art. 33 c/c art. 40, inc. IV, ambos da Lei 11.343/06.

O paciente foi ao final condenado pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, apenas em relação ao delito do art. 33 da Lei de Drogas, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão em regime fechado (...).

Insatisfeito com a sentença, o paciente interpôs recurso de apelação. Debateu, entre outros (sic), a possibilidade de fixação de regime menos gravoso, tendo em vista o quantitativo de pena aplicado. Contudo, optou a Segunda Câmara Criminal do TJES por negar provimento ao apelo interposto pela Defensoria Pública.

(...)

Diante de tal quadro, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo impetrou **habeas corpus** perante do (sic) Superior Tribunal de Justiça, que entendeu por bem denegar a ordem (...)" (fls. 2/4 da inicial).

Transcrevo a ementa do julgado proferido por aquela Corte de Justiça:

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 39

HC 111.840 / ES



"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos. Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz 'na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da natureza e grande quantidade de droga, o regime mais adequado é o fechado, embora a pena imposta seja de 6 anos de reclusão.

5. Ordem denegada."

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste writ.

Entendo 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 a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

Deixo consignado, já de início, que tais circunstâncias não elidem a

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 39



HC 111.840 / ES

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.

A progressão de regime, ademais, quando se cuida de crime hediondo ou equiparado, também se dá em lapso temporal mais dilatado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 2º).

O Juízo de piso, no caso em exame, analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, estabeleceu a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, no total de seis (6) anos de reclusão e seiscentos (600) dias-multa. Estabeleceu, por seu turno, o regime inicial fechado exclusivamente com fundamento no disposto na Lei de Tóxicos em vigor.

Não referiu aquele Juízo requisitos **subjetivos** desfavoráveis ao paciente, a quem considerou tecnicamente primário (fl. 20 do anexo de instrução 3), de modo a não se fazer necessário, neste writ, o revolvimento de fatos e provas para se concluir pela possibilidade da pretendida fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda carcerária imposta ao paciente pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Indeferiu, ademais, a aplicação do privilégio estabelecido no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que as provas dos autos demonstrariam o envolvimento anterior do paciente no comércio ilícito de entorpecentes, o que conduziria à conclusão de que ele se dedicava àquela atividade criminosa.

O Tribunal capixaba, ao analisar o apelo interposto pela defesa, manteve intocado o **decisum** de primeiro grau, ressaltando que:

“[n]o concernente ao regime prisional, também não merece reparos a sentença. Isso porque, para o crimes hediondos e equiparados cometidos após a vigência da Lei n. 11.464/2007, o regime inicial fechado de cumprimento de pena é

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 39

HC 111.840 / ES



obrigatório. Inteligência do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990 (STJ-5ª Turma, HC 106.296/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/06/2010). Por consectário, o regime inicial de cumprimento da respectiva pena é o **fechado**” (fl. 36 do anexo de instrução 3 – grifos conforme o original).

Como se vê, nada se disse quanto a condições pessoais desfavoráveis ao paciente que pudessem ensejar a fixação inicial de regime prisional mais gravoso.

O Superior Tribunal de Justiça, embora tenha reconhecido, em tese, a possibilidade de fixação de regime mais abrandado na hipótese de tráfico de entorpecentes – penso eu, de forma indevida, em sede de **habeas corpus** –, trouxe nova fundamentação para a manutenção, no caso específico, de regime mais severo, in verbis:

“(…)

Na hipótese, embora a pena tenha sido fixada em 6 anos de reclusão, tenho que o regime semiaberto não satisfaz a resposta penal.

Com efeito, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, o juiz ‘na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente’.

Assim, o regime que se mostra razoável, na espécie, é o fechado, ainda que o **quantum** da pena, em tese, autorize o semiaberto, haja vista a natureza (crack, cocaína e maconha) e a quantidade (42 ‘pedrinhas’ e 13 porções de maconha) das drogas apreendidas. (...)” (fl. 9 do anexo de instrução 5).

Ressalto que o Tribunal Pleno desta Suprema Corte, em 1º/9/10, ao analisar o HC nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro **Ayres Britto**, por maioria de votos, declarou, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44, **caput**, da Lei nº 11.343/06, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 39

HC 111.840 / ES



direitos em condenação por crime de tráfico de entorpecentes.

Transcrevo o teor daquele julgado:

“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



HC 111.840 / ES

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 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."

No caso em questão, **pondero que a negativa de substituição calçou-se exclusivamente na vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, sem qualquer menção específica às condições pessoais da paciente, o que, a meu ver, não se afigurava possível.**

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 39



HC 111.840 / ES

O legislador faculta a substituição de pena com base em critérios objetivos (a quantidade de pena cominada quando dolosa a infração e a inexistência de violência ou grave ameaça) e subjetivos (condições pessoais do agente do ilícito penal), e não em função do tipo do crime. Se houvesse a intenção, na Constituição Federal, de permitir que se proibisse por meio de lei a substituição consoante o tipo criminal, certamente tal restrição teria sido incluída entre as vedações feitas no inciso XLIII do art. 5º.

Portanto, do meu ponto de vista, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos deve sempre ser analisada independentemente da natureza da infração, em razão da quantidade de pena cominada para a infração, da presença ou não de violência ou grave ameaça e das condições pessoais do agente, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo.

Considerando o que decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal, parece-me que não se poderia, em hipótese de tráfico de entorpecentes, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda carcerária decorrente da prática do crime de tráfico se dê em regime inicialmente fechado, tal como preconizado no art. 1º da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei nº 8.072/90. Dentre elas não se encontra nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime extremo para o início de cumprimento da pena.

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.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 39



HC 111.840 / ES

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.**

A esse respeito, lembro as considerações feitas pelo eminente Ministro **Gilmar Mendes** no julgamento do RHC nº 103.547/SP (Segunda Turma, DJe 14/12/10):

“(…)

Consigno, por outro lado, que, como parte de suas razões de decidir, o Superior Tribunal de Justiça assentou que — após as modificações produzidas pela Lei n. 11.464/2007 — não haveria mais que se falar em constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado a condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/2006, art. 33), haja vista a expressa determinação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Por oportuno, transcrevo esse dispositivo:

‘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. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).’

No ponto, ressalto que guardo reservas quanto ao entendimento exarado pelo STJ e também quanto ao disposto nesse dispositivo.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 39

HC 111.840 / ES



Deveras, o STF já teve a oportunidade, por ocasião da análise do julgamento do HC n. 82.959/SP, de declarar, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, a qual determinava que os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Naquele caso, ficou assentado que essa imposição iria de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Pois bem, sobreveio a Lei n. 11.464/2007, que, ao promover mudanças no já mencionado art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, determinou que a pena agora fosse cumprida no regime inicial fechado.

É aqui que faço uma indagação: Esse dispositivo, em sua nova redação, não continuaria a violar o princípio constitucional da individualização da pena?

Essa discussão inclusive já vem sendo alvo de debates nas instâncias inferiores e inequivocamente acabará por ser trazida à apreciação desta Suprema Corte. Por isso, trago estas considerações em **obiter dictum**.

No ponto, destaco, ainda, à guisa de ilustração, julgado recente proferido pelo próprio STJ que, ao analisar o HC n. 149.807/SP lá impetrado, concluiu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, ao fundamento de que, a despeito das modificações preconizadas pela Lei n. 11.464/2007, persistiria ainda a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e também da proporcionalidade.”

Parecem-me igualmente válidas as considerações feitas pelo Ministro **Og Fernandes**, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 149.807/SP, **in verbis**:

“(…)

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



HC 111.840 / ES

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:

'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 ideia 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 SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia,

HC 111.840 / ES



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. 5º, 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. 5º, 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 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/DE, 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



HC 111.840 / ES

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. (HC-128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)''' (destaques no original).

No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes desta Suprema Corte sobre o tema:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691. Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida" (HC nº 101.291/SP, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, DJe 12/02/2010 -destaquei).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE



HC 111.840 / ES

ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, VEDADA A SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE. 1. Condenação, por tráfico de entorpecentes, a um ano e oito meses de reclusão, em regime fechado. Presença dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, bem assim ao regime aberto. Constrangimento ilegal evidenciado, justificando exceção à Súmula 691 desta Corte. 2. Redução de 1/6 a 2/3 da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, vedada a substituição por outra restritiva de direitos. Situação mais gravosa ao paciente. Inaplicabilidade. Ordem concedida, parcialmente, de ofício, para garantir ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, bem assim para que, caso haja reversão, o início da execução da pena privativa de liberdade se dê em regime inicial aberto” (HC nº 100.590/DF, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, DJe 27/11/2009 – destaquei).

Feitas essas considerações, penso que deve ser superado o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do CP, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

Nessa conformidade, tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, na parte em que impõe a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, **concedo** a ordem para alterar o regime inicial de cumprimento das reprimenda impostas ao paciente para o semiaberto.

Em consequência, determino que se oficie ao Juízo da 1ª Vara

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 39



HC 111.840 / ES

Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES para que tome as providências necessárias e comunique ao Juízo das Execuções Criminais competente o teor desta decisão.

É como voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 39



14/06/2012

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

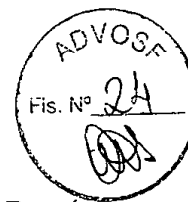
RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: EDMAR LOPES FELICIANO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOTAS PARA O VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, no silêncio da Lei nº 11.343/2006, sobre o regime de cumprimento da pena para os condenados por tráfico de entorpecentes, tendo como lei de regência o artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, comungo com a compreensão do eminente Relator no sentido de que este dispositivo também está eivado de inconstitucionalidade, enquanto obriga, determina a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena sem permitir que o magistrado, sopesando as circunstâncias do caso concreto, possa decidir ou impor um regime diverso.

A meu juízo, a situação é a mesma da imposição de pena padrão, essa imposição de regime, em abstrato, de cumprimento, e, por essa razão, ferido o direito e a garantia fundamental de individualização da pena pelo magistrado, acompanho o eminente Relator quando declara, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade desse preceito e concede a ordem.

É como voto.



14/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados.

Eu vou pedir vênica ao Relator e à eminente Ministra Rosa Weber para ressuscitar aqui alguns argumentos que foram debatidos quando da análise do artigo 44 dessa mesma lei. E entendo que assiste integral razão ao Ministério Público quando adverte que, na lacuna da lei, aplicava-se o Código Penal, permitindo esse regime diferenciado, mas veio a lei, como opção do legislador ordinário e, em regra, o Judiciário, nesse campo, tem que ter uma postura minimalista de respeitar a opção do legislador ordinário, porque num Estado Democrático de Direito a supremacia é do Parlamento, não é a supremacia judicial. A supremacia judicial só se instaura nos vácuos legislativos.

E entendo que realmente o Ministério Público tem toda razão quando salienta que essa lacuna foi suprida, advindo uma lei posterior, estabelecendo como opção do legislador um regime de cumprimento da pena diferenciado. **Mutatis mutandis**, o que nós temos é o Código Penal e a lei especial de drogas. Ou seja, nós estamos no campo da sobrevivência, da subsistência e da coexistência da **lex generalis** e da **lex specialis**. E por que a lei de drogas é especial nessas nuances que ela apresenta? Exatamente para atender ao reclamo do legislador constituinte originário. É que o legislador constituinte originário preocupou-se com os delitos que afetavam a higidez do Estado Democrático de Direito. E, por essa razão, na própria Constituição, o constituinte originário estabeleceu que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas. Porque, naquela oportunidade, o legislador constitucional queria, digamos assim, regular esse tema que era exatamente uma verdadeira tragédia humana que



HC 111.840 / ES

ocorria no Brasil, tendo a nossa juventude como a maior clientela do tráfico de drogas. Então, o legislador constitucional elegeu o crime de tráfico de drogas como um delito que mereceria uma proteção especial da lei.

Ora, se a própria Constituição não permite a liberdade em si, que é exatamente a graça, a anistia, a fiança, evidentemente que se ela proibir o **plus**, a lei ordinária evidentemente pode proibir o **minus**, porque a reprimenda penal não está só nessa escala de valoração da pena, por parte do juiz, se de um ano ou dez anos; a reprimenda penal também está no regime de execução da pena. Isso é uma opção legítima do legislador. De sorte que, no meu modo de ver, nesse primeiro momento, a lei não é inconstitucional, muito pelo contrário, ela atende a esse reclamo constitucional de dar um tratamento especial ao crime de tráfico de drogas, e essa foi uma opção legítima levada a efeito pelo legislador.

Então, ao Ministério Público assiste total razão quando ele se pronuncia no sentido de que, no caso, a proibição legal se justifica em razão da presunção, *iures et de iure*, da periculosidade do crime e de seu agente, merecendo assim um maior rigor, porque do contrário haveria um estímulo à prática desta conduta. Sendo uma medida de política criminal, a substituição desse regime ofende menos a ordem social do que ocorre, sem dúvida, com os outros delitos em geral. Então, num primeiro momento, não enxergo nenhuma inconstitucionalidade nesse dispositivo.

Por outro lado, eu, aqui, anoto que a execução penal nesse regime fechado também, como já destaquei, faz parte do contexto da repressão penal que o Estado elege como eficiente para combater um delito que preocupou o próprio constituinte originário. Porque, se levarmos esse raciocínio de que cabe sempre ao juiz a aplicação da pena, sob pena de violação do princípio da individualização da pena, nós vamos ter que destruir todas as penas mínimas. Por que a pena mínima? E por que, por exemplo, o art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, que exige o cumprimento de pena superior a oito anos, em regime inicialmente fechado, não é inconstitucional? Ele é absolutamente constitucional. Ele exige que, nas penas superiores a oito anos, o regime seja fechado. Por quê? Por que foi

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 39



HC 111.840 / ES

opção do legislador penal. O legislador penal especial entendeu que, no caso de tráfico, pelo tratamento que a Constituição dá a esse crime, pela preocupação que ele incute na sociedade, pelo flagelo das drogas, efetivamente esse regime tem que ser inicialmente fechado. Não é para que o cidadão cumpra o regime fechado, não é com essa finalidade **ex post facto**. A reprimenda penal visa à inibição da prática do crime. Então, não só as penas graves, mas também o regime inicial grave faz parte dessa estratégia, atenta a um comando legislador que dificilmente minudencia o tipo penal, salvo quando preocupado com a sua repercussão na sociedade.

Entendo efetivamente, Senhor Presidente, que o tráfico de drogas prepondera, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343, sobre o previsto no art. 59, que também estabelece as regras gerais do regime inicial fechado, sendo certo que aqui estamos diante de uma norma especial.

Por essa razão, Senhor Presidente, vou pedir vênia, porque entendo que não há nenhuma inconstitucionalidade nessa opção do legislador, assim como não há inconstitucionalidade nenhuma quando o Código Penal estabelece que, em penas superiores a um determinado patamar, o regime inicial será fechado. Até outros tipos de delito. Aqui, o delito, em si, já recomenda essa reprimenda, ainda que a título de inibição.

Por esse fundamento, Senhor Presidente, vou pedir vênia aos que já acompanharam o Ministro Dias Toffoli e a Ministra Rosa Weber e vou propugnar pela denegação da ordem, porque esse foi o fundamento.



14/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

TRIBUNAL PLENO
HABEAS CORPUS 111.840
ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, vou pedir vênias ao Ministro Fux para acompanhar o Relator.

Eu estudei muito esse caso, porque o Supremo, no **Habeas Corpus** nº 82.959, declarou **incidentur tantum** a inconstitucionalidade da redação inicial do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, que determinava que os condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, teriam de cumprir a pena em regime integralmente fechado.

Naquele caso, este Plenário assentou que essa imposição contrariava exatamente o princípio da individualização da pena, o que foi demonstrado agora pelo Relator. Veio, então, a Lei nº 11.464/2007, promoveu mudanças nesse dispositivo e determinou que o regime inicial fosse fechado. Mantém-se, portanto, a mesma fundamentação, que foi aquela que o Supremo considerou que violaria o princípio da individualização da pena rigorosamente porque não deixa ao juiz condições de, em cada caso, verificar como e em que condições deveria ser cumprida a pena.

Por esta razão, estou pedindo vênias ao Ministro Fux e, neste caso, acompanhando o Ministro Relator.

XXXXXX

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 39



14/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Luiz Fux para também acompanhar o Relator, concedendo o *habeas corpus* e também declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

Acompanhei a maioria, naquelas assentadas anteriores, em que nós, na mesma situação, entendemos que determinados dispositivos da Lei de Tóxico infringiam o artigo 5º, inciso XLVI da nossa Carta Magna, exatamente porque impediam que o juiz individualizasse a pena, ou seja, aplicasse a pena ao caso concreto, tendo em vista as circunstâncias pessoais do réu.

Além do mais, eu comungo do entendimento do eminente Relator, com a devida vênia do Ministro Luiz Fux, que apresentou um belíssimo voto oral, sempre bem fundamentado, no sentido de que não só o princípio da individualização da pena estaria malferido, no caso, mas também o princípio da proporcionalidade, porque não me parece proporcional e nem razoável que um delinquente, que tenha infringido a Lei de Tóxico e ao qual tenha sido aplicada uma pena de quatro anos, ou menos de quatro anos, não pudesse fazer jus ao regime aberto ou, se ele for condenado a uma pena de quatro a oito anos, não possa fazer jus ao regime semi-aberto, considerado aquilo que se dispõe o artigo 59 do Código Penal, que é exatamente a consideração relativa aos antecedentes, à conduta social, à personalidade, ao motivo e às circunstâncias do crime.

Por essas razões, e pedindo, mais uma vez, vênia ao Ministro Luiz Fux, eu acompanho integralmente o Relator.



14/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, eu também peço vênia ao Ministro Luiz Fux para acompanhar o eminente Relator.

Anoto apenas que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade, só que valendo-se do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343, para considerar as circunstâncias agravantes que o juiz de primeiro grau desprezou.

Acompanho integralmente o Ministro Relator, com o devido respeito.



14/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há um sistema penal, que sofre modificações ante circunstâncias reinantes, ante a criminalidade. Então se tem o rigor maior ou menor da lei quanto a determinados delitos.

Quando apreciamos, pela primeira vez, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.172/91, no que impunha o regime integralmente fechado para cumprimento da pena, ficamos vencidos eu e o ministro Sepúlveda Pertence. Posteriormente, o Tribunal evoluiu para entender que a progressividade seria algo de interesse da própria sociedade, da vida gregária, no que, mais cedo ou mais tarde, o custodiado é reinserido no tecido social. Foi o passo dado, considerado, inclusive, o princípio da razoabilidade. E o Tribunal fulminou a Lei nº 8.172/91.

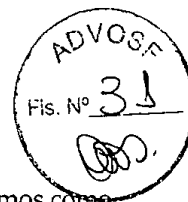
O que fez o legislador? Reafirmou o preceito pretérito? Não. Dentro de política criminal voltada ao combate a certos crimes, versou que, no tocante a esses delitos, a pena imposta deve ser inicialmente – observando, portanto, o pronunciamento do Supremo – cumprida no regime fechado, ou seja, contemplou a progressão.

Podemos dizer que essa previsão vulnera o princípio da individualização da pena? A meu ver, não, Presidente. Porque se leva em conta a imputação, a prática delituosa implementada pelo agente. Se entendermos que o início do cumprimento da pena em regime fechado é inconstitucional, vamos ter que assentar que também é inconstitucional o fato de, no tocante a crimes de gradação maior – que são os hediondos –, ter-se a prisão provisória por trinta dias, enquanto a Lei nº 7.960/89 dispõe que a citada prisão vigorará por cinco dias, prorrogável esse prazo por idêntico período. Teremos que entender também que é inconstitucional a Lei nº 8.072/91 no que, para lograr-se a progressão no regime de cumprimento da pena, não basta que se cumpra, no regime mais gravoso, um sexto da pena, como está na Lei de Execução Penal. Sendo primário, deve o apenado cumprir dois quintos da pena e, não

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 39

HC 111.840 / ES



sendo primário, três quintos. Poderíamos até mesmo – e atuaríamos como legisladores positivos e não simplesmente negativos – dizer que, considerados os diversos tipos, e a variação é muito grande em termos de mínimo e teto, esse balizamento é inconstitucional.

Receio, Presidente, que a Lei de Tóxicos – e hoje é o crime mais grave que temos, considerados os interesses sociais – esteja sendo esvaziada pouco a pouco. Demos o primeiro passo quanto, creio, à substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direito no que a lei vedava essa substituição. Demos o segundo passo quanto à impossibilidade de implementar-se liberdade provisória, sempre a pressupor o flagrante, o agente ser surpreendido praticando crime. Declaramos – contra meu voto – inconstitucional a vedação. Agora, caminhamos para concluir que a Lei nº 8.072/91 é inconstitucional no que versa que, no tocante aos crimes hediondos – e são vários –, a pena imposta deve ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Estamos – pelo menos é a minha óptica – na contramão da busca do combate à criminalidade. E por que não dizer que, relativamente ao artigo 33 do Código Penal, no que versa o regime de cumprimento da pena, a cláusula que veda regime menos gravoso, considerada a reincidência, é inconstitucional? Tem-se opção do legislador no que revelado que, se a pena é superior a oito anos, o regime inicial será sempre o fechado. Caso se tenha pena que não alcance esse patamar, superior a oito anos, o regime poderá ser o semiaberto, desde que não se trate de reincidente. Se a pena é inferior a quatro anos, há a possibilidade, mesmo assim remetendo o artigo 33 do Código Penal às circunstâncias judiciais do artigo 59, dele constante, de a pena ser cumprida no regime aberto.

Presidente, não consigo, abrindo a Constituição Federal – e não devo potencializar o princípio da individualização da pena, no que deve ser considerado em um grande contexto –, concluir que o artigo, a estipular o regime inicial fechado no caso de crimes hediondos, que veio à balha ante decisão do Supremo – e no precedente apenas glosamos o óbice à progressão do regime –, é inconstitucional. Proporcionalidade? Penso que

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 39



HC 111.840 / ES

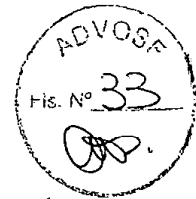
está atendida, porque os desiguais devem ser tratados de forma desigual. Não posso entender que quem comete crime de menor graduação tenha o mesmo regime inicial de cumprimento da pena daquele que comete o de graduação maior, como é um crime hediondo.

Por isso, peço vênua, Presidente, ao relator e aos que o acompanharam para subscrever o voto do ministro Luiz Fux. E digo, mais, uma vez que, passo a passo, a Lei de Tóxicos está sendo esvaziada, no que se vem afastando tratamento mais rigoroso no tocante àqueles que a transgridem, e que, portanto, cometem o tráfico de entorpecentes.

É como voto, indeferindo a ordem.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 39



14/06/2012

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Senhores Ministros, também eu, a exemplo do Ministro Marco Aurélio, entendo que há no Brasil um processo de banalização do tráfico de substância entorpecente, e, lamentavelmente, com o auxílio do Poder Judiciário.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 39



PLENÁRIO

14/06/2012

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Senhores Ministros, como afirmei no voto que proferi no HC 97.256, rel. min. CARLOS BRITTO, considero que questões de política criminal devem permanecer sob a esfera exclusiva de decisão dos poderes politicamente constituídos.

Com efeito, a Constituição atribuiu aos parlamentares eleitos democraticamente a tarefa de estabelecer as leis reitoras da política criminal. Analisar se essa política é boa ou ruim **não é função do Poder Judiciário**, que deve se reservar à análise da sua constitucionalidade, sob pena de **violação do princípio da separação de poderes e da democracia representativa**, estabelecendo, sem legitimidade constitucional e democrática para tanto, sua própria visão política sobre a matéria.

Nesta linha, rejeitei a tese de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constituiria violação do art. 5º, inciso XLVII, da Constituição da República, que trata da individualização. A norma constitucional em questão estabelece, **claramente**, que “a lei regulará a individualização da pena”, consubstanciando, portanto, um **norma constitucional de eficácia contida ou contível**, que confere liberdade ao legislador para regular a matéria, desde que não anule toda e qualquer possibilidade de individualização.

Portanto, o **legislador** estabelece os *standards* para a individualização da pena, cuja observância é, em princípio, **obrigatória** pelo órgão jurisdicional.

Essa distinção das esferas de atuação jurisdicional e política (Poderes Executivo e Legislativo) é sempre sublinhada na Teoria do Direito, não só por Kelsen mas também por Luhmann, Habermas, Hart.

Citei, na ocasião, outros exemplos de diminuição da esfera de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 39



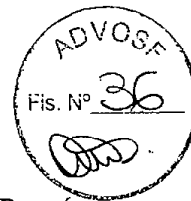
HC 111840 / ES

arbítrio do órgão julgador no momento da individualização judicial da pena, como a previsão de pena mínima para todo e qualquer crime e que não é estabelecida em vários países; a previsão do regime inicial fechado para penas superiores a 8 anos de reclusão; a vedação abstrata à substituição da pena para réus reincidentes em crime doloso. Ou seja, o legislador sempre estabelece limites ao casuísmo e à liberdade de apreciação do caso concreto pelos juízes, como **imperativo de igualdade de tratamento, de segurança jurídica e de justiça**. Além disso, cuida-se de uma análise legislativa de **maior desvalor dos crimes considerados hediondos**, que, pela gravidade que **politicamente** lhes é atribuída, inclusive pela própria Constituição, são considerados incompatíveis com determinados benefícios.

Assim, reafirmo meu voto e considero que o legislador é o órgão constitucionalmente competente, e eleito democraticamente pelo povo brasileiro, para estabelecer qual será a política criminal de tratamento dos crimes hediondos, sendo vedadas, tão-somente, as penas proscritas pela Constituição (pena de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis) – art. 5º, XLVII.

Por tais razões, coerente com o que afirmei no HC 97.256, considero constitucional a imposição do regime inicial fechado para crimes de tráfico de drogas e demais crimes hediondos, tal como considerei constitucional a vedação à pena alternativa, independentemente de análises relativas à conveniência e adequação dessa política criminal, cuja avaliação deve permanecer no âmbito político.

Do exposto, denego a ordem.



PLENÁRIO

14/06/2012

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não temos seis votos necessários ao julgamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, segundo o art. 173, parágrafo único, do Regimento Interno, para a concessão da ordem, se faz necessária - e isso é condição do meu voto - a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo.

O que diz o parágrafo único do art. 173:

"Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influenciar no julgamento [há três ausentes na data de hoje] este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o 'quorum'."

Portanto, eu proponho que seja suspenso o julgamento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Esse é o dispositivo que já causou tantos impasses nesta Corte, impasses desnecessários.

A ordem está concedida, não é isso?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, porque o móvel da concessão é a inconstitucionalidade do preceito. A persistir o preceito, não se terá a concessão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O fundamento é a inconstitucionalidade. Eu não me sinto confortável sequer para sugerir uma liminar.

Cumpramos o Regimento. Suspendamos o julgamento.

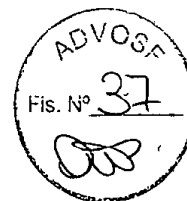
O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -Há quantos votos pela concessão da ordem?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cinco.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 39



HC 111.840 / ES

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Cinco. Não temos seis.
Se tivéssemos seis...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

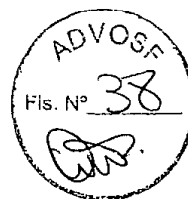
Vamos suspender o julgamento e cumprir o Regimento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Vamos suspender.

Está suspenso o julgamento deste processo para continuação
ulterior.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 39



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 111.840

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : EDMAR LOPES FELICIANO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli (Relator), Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, no sentido de conceder a ordem e declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, e os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, indeferindo a ordem, o julgamento foi suspenso para se colher os votos dos ministros ausentes, na forma do art. 173, parágrafo único, do RISTF. Ausentes os Senhores Ministros Ayres Britto (Presidente) e Gilmar Mendes, em viagem oficial para participarem da 91ª Reunião Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito, em Veneza, Itália, e, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Vice-Presidente). Plenário, 14.06.2012.

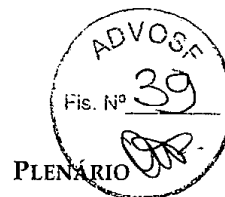
Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 39



27/06/2012

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, manifesto-me no sentido da inconstitucionalidade. Acompanho o Ministro Dias Toffoli.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 39



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 111.840

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : EDMAR LOPES FELICIANO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli (Relator), Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, no sentido de conceder a ordem e declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, e os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, indeferindo a ordem, o julgamento foi suspenso para se colher os votos dos ministros ausentes, na forma do art. 173, parágrafo único, do RISTF. Ausentes os Senhores Ministros Ayres Britto (Presidente) e Gilmar Mendes, em viagem oficial para participarem da 91ª Reunião Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito, em Veneza, Itália, e, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Vice-Presidente). Plenário, 14.06.2012.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a ordem e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que a indeferiam. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Plenário, 27.06.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 39





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL



Nº 9332/12 – MJG

HABEAS CORPUS Nº 111.840/ES

PACTE: EDMAR LOPES FELICIANO

IMPTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO

IMPDO: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATOR: EXMO. SR. MIN. DIAS TOFFOLI

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS.
FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO.
IMPOSSIBILIDADE. CRIME EQUIPARADO A
HEDIONDO. REGIME PRISIONAL DECORRENTE DE
EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

- Parecer pela denegação da ordem.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos autos
em epígrafe, diz a V.Exa. o que segue:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar,
impetrado em favor de **Edmar Lopes Feliciano**, contra acórdão da Sexta
Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos autos do
HC nº 200.779/ES, *in verbis*:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 9332/12 - MJG



"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

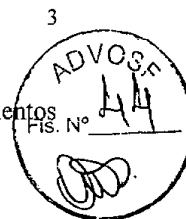
1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos. Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.
2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".
4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da natureza e grande quantidade de droga, o regime mais adequado é o fechado, embora a pena imposta seja de 6 anos de reclusão.
5. Ordem denegada."

Narra a impetração que o paciente foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão em regime inicial fechado pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, eis que no dia 10/10/2009, o paciente tinha em depósito 42 (quarenta e duas) pequenas quantidades de *crack* e 13 (treze) pequenas quantidades de *maconha*, acondicionadas em plástico próprio para a comercialização. Também foram apreendidos em poder do paciente a quantia de R\$ 711,00 (setecentos e onze reais) em espécie, uma arma de fogo com seis munições intactas e diversos objetos adquiridos com dinheiro proveniente da venda ou em

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 9332/12 - MJG

razão da troca destes por substância entorpecente (fl. 8, documentos comprobatórios II).



Inconformada, a defesa interpôs Recurso de Apelação, ao qual foi negado provimento pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Seguiu a defesa na impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, restando a ordem denegada.

Nesta via, aduz que a Lei 11.464/07, apesar de derrogar a vedação a progressão de regime, persistiu na ofensa ao princípio da individualização da pena ao afirmar que a execução deve se iniciar em regime mais gravoso. Acrescenta que o paciente é primário e portador de bons antecedentes, sua pena é superior a quatro e inferior a oito anos o que, nos termos do art. 33, § 2º, “b” do Código Penal, permite o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Alega que a decisão condenatória, bem como o acórdão da Corte Estadual, não fundamentou a necessidade de fixação de regime inicial fechado. Sustenta, ainda, que o Superior Tribunal incorreu em *bis in idem* ao considerar a quantidade de droga apreendida tanto para negar a aplicação da minorante prevista na Lei 11.343/06, quanto para fundamentar a imposição do regime inicial fechado.

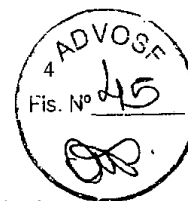
Requer, ao final, a concessão da ordem, liminarmente, a fim de que seja concedido o regime semiaberto para cumprimento da reprimenda e, no mérito, a confirmação da decisão liminar.

É o relatório.

O parecer é pela denegação da ordem.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 9332/12 - MJG



Em que pese o argumento da impetrante no sentido de que a autoridade coatora incorreu em *bis in idem* ao considerar a quantidade de droga apreendida para manutenção do regime fechado como inicial para cumprimento da reprimenda, a imposição do regime mais severo aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes decorre de expressa previsão legal.

Isto porque, o crime de tráfico, em quaisquer de suas formas, é equiparado aos crimes hediondos e, como tal, deve observar as disposições da Lei nº 8.072/90, cujo art. 2º, com a redação conferida pela Lei nº 11.464/07, determinou o regime inicial fechado para os crimes de tal espécie, pouco importando o quantitativo da reprimenda indicar a adoção de regime menos severo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação da Lei nº 11.464/07).

O tráfico de drogas, equiparado aos crimes hediondos por expressa disposição legal (Lei nº 8.072/90), sujeita-se ao mesmo tratamento dispensado a tais crimes, de modo que, nesse contexto, o benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos não afasta a sua hediondez, limitando-se apenas a abrandar a pena dos que infringem o seu caput e § 1º - em se tratando de réus primários, possuidores de bons antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas, nem integrem organização criminosa. Não há margem para qualquer interpretação diversa do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, bem como violação aos Princípios da Proporcionalidade e Individualização da Pena, conforme afirmado na exordial:

"§ 1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado."

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 9332/12 - MJG



Surge daí, que o regime buscado pela impetração somente poderá ser alcançado por meio da progressão, no curso da execução, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos em lei atendendo assim o Princípio Constitucional da Individualização da Pena.

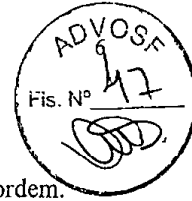
Também é este entendimento desta Corte Suprema:

“Ementa: Penal. Habeas corpus. Tráfico transnacional de entorpecentes (art. 33, c/c art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006). Diminuição especial da pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Entorpecentes) em 1/3 (um terço). Decisão devidamente fundamentada na natureza e quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cujas circunstâncias judiciais preponderam em relação às elencadas no art. 59 do CPB. Ausência de constrangimento ilegal. Cumprimento inicial da pena no regime aberto e conversão em outra(s) restritiva(s) de direito(s). Temas inaugurados nesta sede recursal. Pretensão da análise e da concessão da ordem ex officio. **Vedação legal a regime inicial diverso do fechado para o réu condenado por tráfico de entorpecentes (§ 2º do art. 1º da lei n. 8.072/90. (...) O § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, dispõe, expressamente, que o regime de cumprimento da pena do condenado por tráfico de entorpecentes é o inicialmente fechado. Há, pois, vedação legal ao início do cumprimento da pena no regime aberto. (...) Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido, porém concedida a ordem, de ofício, para afastar o óbice à conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos, ficando a efetivação da benesse a cargo do Juízo processante, a quem compete a análise dos requisitos objetivos e subjetivos” - grifou-se (RHC 108011, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011).**

Ressalte-se que a primariedade e os bons antecedentes já foram considerados no cálculo da pena proporcionalmente a sua conduta e dentro do que a lei e a equidade do magistrado lhe conferem, não havendo nenhuma ilegalidade a ser sanada.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 9332/12 - MJG



Ante o exposto, opina-se pela denegação da ordem.

Brasília, 19 de março de 2012.

MARIO JOSÉ GISI
Subprocurador-Geral da República



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos



LEI Nº 11.464, DE 28 DE MARÇO DE 2007.

Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

.....

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de março de 2007; 186º da Independência e 119º da República

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.3.2007- edição extra



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos



LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.

Mensagem de veto

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Texto compilado

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

~~Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.~~

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

~~V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)~~

~~VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)~~

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A - (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória;

~~§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.~~

~~§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.~~

~~§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.~~

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

Art. 4º (Vetado).

Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

"Art. 83.

.....

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

Art. 6º Os arts. 157, § 3º; 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

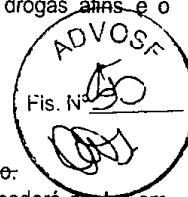
"Art. 157.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

.....

Art. 159.

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.



§ 1º

Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º

Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

.....

Art. 213.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

.....

Art. 223.

Pena - reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único.

Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

.....

Art. 267.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

.....

Art. 270.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

....."

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"Art. 159.

.....

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.



Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Art. 10. O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:

"Art. 35.

Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14."

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 25 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR
Bernardo Cabral

Este texto não substitui o publicado no DOU de 26.7.1990





SENADO FEDERAL
Advocacia



PARECER Nº 103/2014-ADVOSF
Processo nº 0200.001840/2014-47

Senhor Advogado-Geral,

I. RELATÓRIO

Trata-se do Ofício nº 285/2014, de 18 de fevereiro de 2014, de que se valeu o Presidente do Supremo Tribunal Federal para – em vista o disposto no inciso X do art. 52 da Constituição da República – dar ciência ao Congresso Nacional de que a Corte declarou inconstitucional a redação atual do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.070 de 1990, determinada pela Lei nº 11.464 de 2007: “***A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado***”.

A Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo suscitou, na via incidental, a inconstitucionalidade do indigitado dispositivo legal no *Habeas Corpus* 111.840, impetrado em favor de



SENADO FEDERAL
Advocacia

EDMAR LOPES FELICIANO contra o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O paciente, incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343 de 2006, por “ter em depósito”, acondicionadas em sacos plásticos, 42 porções pequenas de *crack* e outras 13 de maconha, além de outras violações à legislação penal aqui irrelevantes, fora condenado em primeira instância a seis anos de reclusão a serem cumpridos inicialmente em regime fechado.

Contra a condenação, interpôs recurso de apelação, que restou improvido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

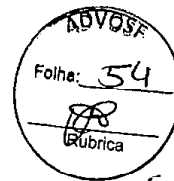
Irresignado, impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que foi denegado em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos. Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.



SENADO FEDERAL
Advocacia



2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da natureza e grande quantidade de droga, o regime mais adequado é o fechado, embora a pena imposta seja de 6 anos de reclusão.

5. Ordem denegada.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Ao julgar *Habeas Corpus* 111.840, impetrado contra esse acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator Dias Toffoli, vencidos os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, deferiu a ordem após declarar inconstitucional o aludido dispositivo.

Os fundamentos da decisão aparecem sumarizados no seguinte excerto do voto do Relator (anexo, pp. 1-2):

(...) se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as



SENADO FEDERAL
Advocacia

garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

Deixo consignado, já de início, 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, nos termos do § 3º do art. 33 c/c art. 59 do Código Penal.

*(DIAS TOFFOLI. Relatório e voto. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 111.840**. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Jul 27 jun. 2012, Div. 16 dez. 2012, DJe 12 dez. 2012, pp. 6-7).*

O STF rejeitou, incidentalmente, o regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo, independentemente do quantitativo de pena restritiva de liberdade aplicada, de forma que, caso o Senado suspenda a execução do dispositivo em questão, tais condenados ficarão sob a regra geral que impõe esse regime mais gravoso qualquer condenado a mais de oito anos de reclusão (art. 33, § 2º, a, do Código Penal).

Esse julgamento remete ao do *Habeas Corpus* nº 82959, em que o Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da redação anterior do



SENADO FEDERAL
Advocacia



mesmo § 1º do art. 2º da Lei 8.070 de 1990: *"A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado"*.

Na oportunidade, a Corte acordou o entendimento sumarizado na seguinte ementa:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO PROGRESSÃO - RAZÃO DE 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.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 82959**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, jul. 23 FEV. 2006, DJ 1 set. 2006 p. 18, Ement. Vol 02245-03 p. 510, RTJ Vol-200-02, p. 795).

Em resposta a esse julgamento, o Congresso Nacional aprovou em regime de urgência o Projeto de Lei nº 6793 de 2006, do Poder Executivo, que deu origem Lei nº 11.464 de 2007.



SENADO FEDERAL
Advocacia

O novo diploma legal buscou conciliar duas diretrizes de matriz constitucional: a necessidade de individualizarem-se as penas e obrigatoriedade de tratamento penal mais rigoroso aos chamados crimes hediondos.

Ao justificar a obrigatoriedade de regime inicial fechado para todos os condenados por crimes hediondos, o Ministro da Justiça assim se manifestou:

Esse aumento dos prazos para progressão de regime responde à necessidade de estabelecer tratamento mais severo para os crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados. Contudo, procura-se também equilibrar a proporção de tempo de pena cumprido em cada um dos regimes prisionais, tendo por base o critério temporal já fixado pelo legislador ordinário para o livramento condicional, que é de dois terços da pena (inciso V do artigo 83 do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 8.072, de 1990). Assim, o condenado por crime hediondo necessariamente passará pelos dois regimes prisionais mais severos - fechado e semi-aberto - antes de poder obter o livramento condicional.

Além de aumentar o prazo de cumprimento de pena para a progressão de regime prisional, o projeto ainda determina que a pena aplicada aos crimes hediondos seja inicialmente cumprida em regime fechado. A proposição pretende aumentar o rigor da administração da pena em casos considerados mais graves pela lei penal, seguindo os critérios estabelecidos pela Lei nº 8.072, de 1990, mas de forma compatível com o princípio constitucional de individualização da pena, tal como interpretado pelo



SENADO FEDERAL
Advocacia



Supremo Tribunal Federal, recentemente, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959.

(MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Exposição de Motivos n. 23** - Projeto de Lei n. 6793 de 2006. Diário da Câmara dos Deputados, Ano LXI, n. 055, Brasília, 31 mar. 2006).

No caso que ora se coloca, HC 111.840, a maioria do STF entendeu que a imposição do regime fechado de cumprimento da pena em abstrato a todos os condenados por crime hediondo, conforme a sugestão do Poder Executivo aprovada pelo Congresso Nacional, é incompatível com o regime constitucional de apenação criminal, que impõe a individualização das penas.

A Procuradoria-Geral da República manifestou entendimento em sentido contrário ao que acabou por prevalecer no julgamento:

(...) o crime de tráfico, em qualquer de suas formas, é equiparado aos crimes hediondos e, como tal, deve observar as disposições da Lei nº 8.072/90, cujo art. 2º, com redação conferida pela Lei nº 11.464/07, determinou o regime inicial fechado para os crimes de tal espécie, pouco importando o quantitativo da reprimenda indicar adoção de regime menos severo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação da Lei nº 11.464/07).

É o relatório.



SENADO FEDERAL
Advocacia

II. ANÁLISE JURÍDICA

O princípio da individualização das penas está previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, e impõe que as peculiaridades do infrator sejam levadas em consideração na determinação de sua pena.

Entendemos que esse princípio, como moderna expressão normativa do antigo brocardo *quot capita, tot sententiae*, deve ser compatibilizado com o princípio da proporcionalidade das penas, que pode ser rastreado até à vetusta Carta Magna de 1215, em que se consagrou o ditame de que “*earls and barons shall be fined (...) only in proportion to their offence*”^{1 2}.

Logo, a individualização das penas, à luz da Constituição vigente, não implica sujeitar à idêntica apenação todos condenados por crime idêntico, sem consideração para com as nuances de cada caso e às peculiaridades pertinentes de cada infrator.

Contudo, o princípio não acarreta o extremo oposto, que seria a aplicação de penas absolutamente customizadas para cada indivíduo, sem consideração para com as tipologias criminais e regras procedimentais objetivas e genéricas estabelecidas previamente na lei.

¹ Condes e barões não devem ser punidos, a não ser na proporção da ofensa que tiverem cometido (tradução nossa).

² MAGNA CARTA, item 21. Disponível em: <http://www.lonang.com/exlibris/organic/1215-mc.htm>. Acesso em 20 mar. 2014.



SENADO FEDERAL
Advocacia



Em de um e de outro extremo, o princípio da individualização determina a graduação das penas casuística e individualmente dentro da moldura abstrata, objetiva e genérica, previamente determinada pela legislação penal, que assegura a correlação de proporcionalidade entre a violação e a punição.

Ou seja, a pena *in concretum* é uma construção dialética que deve refletir, ao mesmo tempo, a generalidade da norma e a singularidade da conduta.

Segundo a decisão do Supremo no julgamento HC 111.840, a configuração da pena não pode ser em função da gravidade do crime a ponto de impor, *a priori*, o regime inicial fechado às violações com grau máximo de gravidade. O juiz poderia, no caso concreto, impor o regime fechado, mas, para tanto, teria que fundamentar a medida.

Com esse novo posicionamento (que, frise-se, surgiu no bojo de uma declaração incidental – logo, só vale para as partes do processo judicial - de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.070 de 1990, determinada pela Lei nº 11.464 de 2007), o STF inova uma cláusula fundamental no sistema de prevenção e persecução penal vigente ao contrariar a imperatividade da reclusão imediata em regime fechado a todos condenados por crimes hediondos.

Com a devida vênia, temos que o regime inicialmente fechado pode, nas balizas constitucionais vigentes, ser um dos *discrimens* dos crimes hediondos e assemelhados, ao lado de outros tantos, como a proibição de progressão de regime menos benéfico e a prisão temporária dilatada (§2º e §4º do art. 2º da Lei 8.072 de 1990).



SENADO FEDERAL
Advocacia

A Constituição em vigor não proíbe a sociedade de cominar, por meio do órgão democrático competente, o rígido encarceramento, independentemente do quantitativo de pena, a todos os que incorrerem em crimes com altíssimo grau de reprovabilidade.

Essa cominação tem um efeito preventivo correlato à certeza de punição mais severa, um efeito pedagógico inerente à expiação qualificada e um efeito cautelar, que é a expurgação temporária do convívio social em relação aos indivíduos que se mostram perigosos no próprio fato do cometimento das atrocidades qualificadas como crimes hediondos.

Para dar consecução ao princípio da individualização, a autoridade sentenciante deve manobrar dentro do escopo abstrato determinado pelo Legislador, e não partir de uma *tabula rasa*.

Interessante o contraponto do Ministro Luiz Fux em seu voto vencido à maioria do Plenário no julgamento do HC 111.840:

(...) a lei não é inconstitucional, muito pelo contrário, ela atende a esse reclamo constitucional de dar um tratamento especial ao crime de tráfico de drogas, e essa foi uma opção legítima levada a efeito pelo legislador. (...) a proibição legal [de outro regime inicial de cumprimento que não fechado] se justifica em razão da presunção, *iures et de iure*, da periculosidade do crime e de seu agente, merecendo assim um maior rigor, porque do contrário haveria um estímulo à prática desta conduta.

Sendo uma medida de política criminal, a substituição desse regime ofende menos a ordem social do que ocorre, sem dúvida, com os outros delitos em geral.



SENADO FEDERAL
Advocacia



Então, num primeiro momento, não enxergo nenhuma inconstitucionalidade nesse dispositivo.

Por outro lado, eu, aqui, anoto que a execução penal nesse regime fechado também, como já destaquei, faz parte do contexto da repressão penal que o Estado elege como eficiente para combater um delito que preocupou o próprio constituinte originário.

Porque, se levarmos esse raciocínio de que cabe sempre ao juiz a aplicação da pena, sob pena de violação do princípio da individualização da pena, nós vamos ter que destruir todas as penas mínimas. Por que a pena mínima? E por que, por exemplo, o art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, que exige o cumprimento de pena superior a oito anos, em regime inicialmente fechado, não é inconstitucional? Ele é absolutamente constitucional. Ele exige que, nas penas superiores a oito anos, o regime seja fechado. Por quê? Por que foi opção do legislador penal.

O legislador penal especial entendeu que, no caso de tráfico, pelo tratamento que a Constituição dá a esse crime, pela preocupação que ele incute na sociedade, pelo flagelo das drogas, efetivamente esse regime tem que ser inicialmente fechado. Não é para que o cidadão cumpra o regime fechado, não é com essa finalidade *ex post facto*. A reprimenda penal visa à inibição da prática do crime.

(FUX, Luiz. *Voto vencido*. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 111.840**. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Jul 27 jun. 2012, Div. 16 dez. 2012, DJe 12 dez. 2012, pp. 23-24).



SENADO FEDERAL
Advocacia

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, transitada em julgado, que declarou inconstitucional o vigente § 1º do art. 2º da Lei nº 8.070 de 1990, convém esclarecer a providência cabível ao Senado Federal, haja vista o disposto no inciso X do art. 52 da Constituição da República (*art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*).

O Ministro Gilmar Mendes, Relator da Reclamação nº 4335, que tange o tema e pende de julgamento de mérito no Supremo Tribunal Federal, tem defendido que a Corte passe a entender que o dispositivo em questão atribui ao Senado Federal apenas poderes protocolares de dar publicidade à suspensão de lei ou os dispositivos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso (*incidenter tantum*).

Em obra jurídica por subscrita pelo Ministro Gilmar Mendes, colhe-se o seguinte argumento:

Se o Supremo Tribunal Federal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida em controle incidental, valer tão somente entre as partes?³

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev e atu. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1084.



SENADO FEDERAL
Advocacia



Por essa interpretação, a declaração de inconstitucionalidade em juízo incidental teria automaticamente efeito *erga omnes* (contra todos), de forma que a interveniência do Senado seria ociosa, a não ser para fins de comunicação da decisão.

A jurisprudência da corte e a doutrina são praticamente uníssonas no sentido inverso, de que a extrapolação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *inter partes* é prerrogativa privativa do Senado Federal.

Então, como responder à pergunta formulada em obra corrigida pelo Ministro Gilmar Mendes?

Da seguinte forma: o Supremo Tribunal Federal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, no exercício do controle abstrato, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional (e até em uma simples decisão monocrática, uma peculiaridade do sistema brasileiro), porque o Congresso Nacional assim autorizou, na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

E por que não pode relativamente fazer o mesmo relativamente em sede de controle concreto, ao declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma norma? Porque não existe permissão legal.

O constituinte originário, no art. 52, X, consubstanciou regra sensível ao sistema de *checks and balances*, que tem natureza de autêntica cláusula pétrea.

O regime de controle abstrato é muito mais restrito do que o de controle concreto, e. g., pela limitação dos legitimados,



SENADO FEDERAL
Advocacia

requisitos mais rigorosos de quorum etc. Caso se igualasse os dois sistemas, todos esses discrimens perderiam a razão de ser.

Pode soar estranho em tempos de judicialização exacerbada no Brasil, mas até mesmo o Supremo Tribunal Federal está sujeito à restrição dirigida aos órgãos estatais no inciso II do art. 5º e no *caput* do art. 37 da Constituição, vazada nesta magistral lição de Hely Lopes Meireles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza (...).⁴

III. CONCLUSÃO

É plena a competência do Senado de resolver sobre a suspensão da execução de diploma ou dispositivo legal declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle concreto (art. 52, X, da CR/1988).

A Reclamação nº 4335 não foi julgada até o momento e os votos já colhidos indicam que são remotas as possibilidades de prevalecer a referida posição do Relator Ministro Gilmar Mendes.

Portanto, em razão da decisão de inconstitucionalidade proclamada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus*

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. atu. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 85.



SENADO FEDERAL
Advocacia



111.840, esta Alta Casa Legislativa deverá deliberar sobre a conveniência de editar resolução para suspender a execução do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.070 de 1990, com redação conferida pela Lei nº 11.464 de 2007.

Por outro lado, a fim de restaurar a integralidade do sistema de persecução penal, a nosso ver, rompida com o julgamento em análise, sem afrontar a autoridade política do Supremo Tribunal Federal, seria conveniente aprovar nova redação para o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.070 de 1990.

A nosso juízo, a melhor solução seria manter o regime inicial fechado como regra para os crimes hediondos e assemelhados, para assinalar o grau de reprovabilidade social das respectivas condutas e salvaguardar o princípio da proporcionalidade.

Para atender à crítica do STF e deixar bem demarcada a observância do princípio da individualização das penas, a lei poderia passar a permitir que o juiz, em decisão fundamentada, em vista das peculiaridades subjetivas do caso concreto, excepcione a regra da imperatividade do regime fechado.

Da forma como está, o regime inicial de cumprimento de pena por prática de crime hediondo em nada difere da regra geral do artigo 33 do Código Penal, a não ser pela possibilidade de o juiz determinar o cumprimento da pena em regime fechado, desde que justifique essa decisão.



SENADO FEDERAL
Advocacia

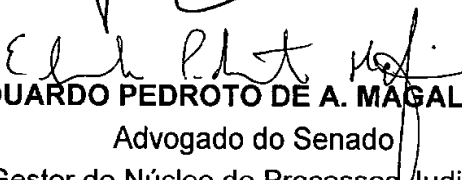
Como resultado, rebaixou-se consideravelmente o grau de reprimenda aos crimes hediondos, o que nos parece comprometer e abalar a política criminal em vigor.

É o Parecer.

Brasília, 1º de abril de 2014.

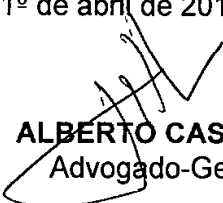

EDVALDO FERNANDES DA SILVA
Advogado do Senado

De acordo.


EDUARDO PEDROTO DE A. MAGALHÃES
Advogado do Senado
Gestor do Núcleo de Processos Judiciais

Aprovo. Encaminhe-se a Presidência do Senado, haja vista o Ofício nº 285/2014, de 18 de fevereiro de 2014, do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Brasília, 1º de abril de 2014.


ALBERTO CASCAIS
Advogado-Geral

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa)

Publicado no DSF, de 23/4/2014