

## 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.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a

## HC 111.840 / ES

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.

Cópia

14/06/2012

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

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).

## 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:

“**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.

## HC 111.840 / ES

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 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.

## HC 111.840 / ES

11.464/2007, o regime inicial fechado de cumprimento de pena é obrigatório. Inteligência do § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 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 n.º 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 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 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.

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** ensejadora da aplicação de pena privativa de liberdade superior a quatro (4) anos, 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 incurso 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, 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.

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 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, voltará ao convívio social.

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

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

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

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

'No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena (art. 50, XLVI), direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis (art. 5, 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/DF**, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Deste último precedente, recupero a ementa:

**‘HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.**

**1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o**

**regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor.** Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

**2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto .**

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva. (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 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 obligatoriedade 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

**HC 111.840 / ES**

cumprimento das reprimenda impostas ao paciente para o semiaberto.

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

Cópia

14/06/2012

PLENÁRIO

**HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO**

TRIBUNAL PLENO  
HABEAS CORPUS 111.840

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, nós não temos seis votos.

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, não. 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.

**HC 111.840 / ES**

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

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cinco.

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.

\*\*\*\*\*

Cópia