

*Supremo Tribunal Federal*

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 16.06.95  
EMENTÁRIO Nº 1 7 9 1 - 4

714

21/02/95

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 72106-1 SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO  
PACIENTE : JOSÉ ROBERTO MARQUES DE OLIVEIRA  
IMPETRANTE: NEWTON AZEVEDO  
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E M E N T A: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - FATO DELITUOSO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DECISÓRIO QUE DEFINE O REGIME PENAL MAIS GRAVOSO - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À MOTIVAÇÃO DOS ATOS JURISDICIONAIS (CF, ART. 93, IX) - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE.

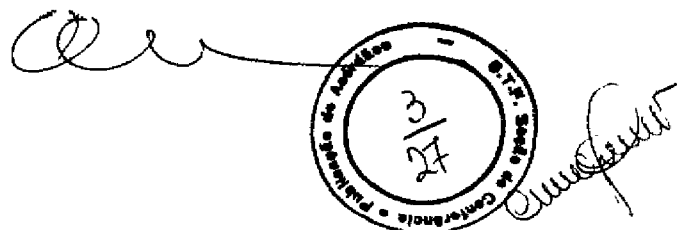
- As normas concernentes à definição do regime prisional constituem prescrições de direito material que se revelam insuscetíveis de aplicação retroativa quando veiculem, em tema de execução das sanções penais, regras jurídicas mais gravosas. Impossibilidade jurídico-constitucional de outorgar eficácia retroativa ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em relação a fatos delituosos ocorridos em momento anterior ao da vigência da Lei dos Crimes Hediondos. Doutrina e Precedentes.

- A circunstância de o sentenciado haver cometido o delito de tráfico de entorpecentes antes da vigência da Lei dos Crimes Hediondos - embora torne inaplicável a regra inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - não impede que o Poder Judiciário, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, defina, como regime inicial de cumprimento da pena, o regime prisional fechado, ainda que se trate de réu primário e condenado a pena não superior a quatro anos de prisão.

- A motivação dos atos jurisdicionais, enquanto garantia constitucional inderrogável, atua como condição de eficácia e requisito de validade dos pronunciamentos decisórios emanados dos magistrados e Tribunais.

A inobservância do dever imposto aos órgãos do Poder Judiciário pela Constituição da República gera a desqualificação jurídica das decisões por eles proferidas, atingindo-as com a sanção da nulidade (CF, art. 93, IX), eis que o réu tem o insuprimível direito de conhecer - até mesmo para efeito de ulterior impugnação judicial - as razões que levaram o Estado a afetar-lhe ou a restringir-lhe o status libertatis. Precedentes: RTJ 135/686 - RTJ 140/871.

- Hipótese em que o Tribunal apontado como coator impôs ao paciente o regime penal fechado sem adequada motivação de seu ato decisório. Nulidade, nesse ponto, do pronunciamento jurisdicional.



*Supremo Tribunal Federal*

**HC 72.106-1 SP**

**715**

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir, em parte, o pedido de **habeas corpus**.

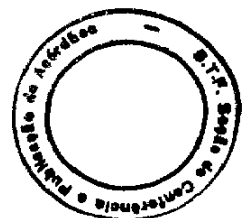
Brasília, 21 de fevereiro de 1995.

**MOREIRA ALVES - PRESIDENTE**



**CELSO DE MELLO - RELATOR**

/jdm.



21/02/95

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N<sup>o</sup> 72106-1 SÃO PAULO

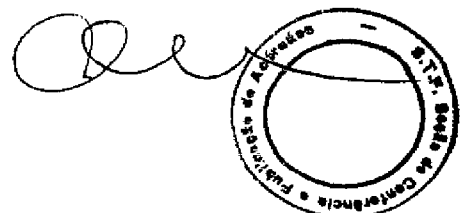
RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO  
PACIENTE : JOSÉ ROBERTO MARQUES DE OLIVEIRA  
IMPETRANTE: NEWTON AZEVEDO  
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - O ora paciente foi condenado pelo magistrado de primeiro grau à pena de 6 meses de detenção, e multa, em regime aberto, pela prática do delito tipificado no art. 16 da Lei n<sup>o</sup> 6.368/76. Concedeu-se-lhe o **sursis** pelo prazo de dois anos (fls. 50/57).

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar os recursos interpostos pelo Ministério Público local e pelo ora paciente, por votação unânime, decidiu "... dar provimento ao apelo da Justiça Pública, a fim de condenar o réu por ofensa ao art. 12 da Lei 6.368/76, impondo-lhe as penas de 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, com expedição de ordem de prisão e julgar prejudicado o apelo do réu" (fls. 58/61).

Sustenta o impetrante nesta sede processual a nulidade da decisão emanada do Tribunal apontado como coator, quer porque configurada, no caso, a ocorrência de violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal, eis que inaplicável a fato pretérito a Lei dos Crimes Hediondos, quer porque vulnerado, pelo Estado-Juiz, o seu dever de fundamentar o ato jurisdicional veiculador da fixação do regime

A handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The stamp contains the text "Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo" around the perimeter and "Presidência" in the center.

fechado para início de cumprimento da pena imposta ao ora paciente.

Postula-se, na presente impetração, que esta Corte, alternativamente, (a) anule o acórdão ora impugnado, para que outro, devidamente fundamentado no ponto em que fixar o regime inicial de cumprimento da pena, venha a ser proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ou (b) conceda ao ora paciente, desde logo, o benefício do regime penal aberto (fls. 11).

O ilustre impetrante aduz, para tanto, as seguintes razões (fls. 05/11), **verbis**:

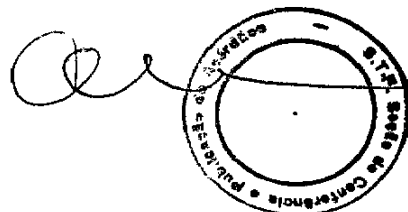
**"1. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL**

*Conforme se vê da cópia da denúncia que deu origem à decisão ora atacada, dela consta que a apreensão da substância entorpecente ocorrera no dia 28 de JULHO DE 1989.*

*Portanto, antes do advento da Lei Federal n. 8.072/90 (CRIMES HEDIONDOS).*

*À época dos fatos denunciados ainda estava em vigência, inclusive para os casos de tráfico de entorpecentes, o disposto na alínea 'c' do parágrafo 2º do artigo 33 da Lei Federal n. 7.209/84, que assim preceitua:*

**c) O CONDENADO NÃO REINCIDENTE, CUJA PENA SEJA IGUAL OU INFERIOR A QUATRO ANOS,**



PODERÁ, DESDE O INÍCIO, CUMPRÍ-LA EM REGIME ABERTO.

Ora, apesar de os Cultos Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo haverem reconhecido, expressamente, que o paciente é réu primário e portador de bons antecedentes, determinaram que ele, desde o início, cumpra a pena de 3 (três) anos de reclusão NO REGIME FECHADO.

Aí reside a primeira e incontornável ilegalidade de tal decisão.

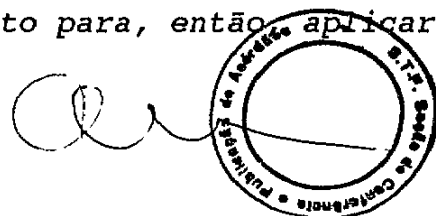
Ao tempo dos fatos, repita-se, vigia legislação que determinava o cumprimento de pena no regime aberto, desde o início, ao condenado primário e de bons antecedentes, dès que a pena fixada fosse igual ou inferior a quatro anos.

Jamais poderia, sob pena de incorrer em grave ilegalidade e causar grave constrangimento ilegal ao paciente, aquele órgão coator determinar que a pena fosse cumprida inicialmente no regime fechado.

.....

2. DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

É verdade que o julgador dispõe do direito de se valer de uma grande margem de interpretação e análise do caso concreto para, então aplicar a



lei cabível e o regime de cumprimento da pena imposta.

Apesar de a legislação vigente à época do fato apontado como criminoso permitir que o condenado por tráfico de entorpecente, primário e de bons antecedentes, iniciasse o cumprimento da pena igual ou inferior a três anos, ainda assim entende-se como admissível que o julgador pudesse, diante de cada caso, deixar de aplicá-la, desde que fundamentasse, adequadamente, tal decisão.

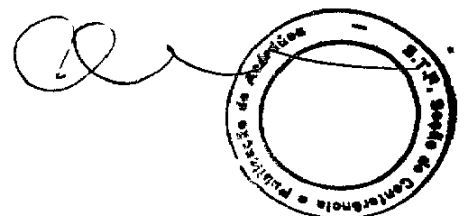
No caso em exame, nota-se do v. acórdão que o órgão coator, apesar de fixar a pena em menos de quatro anos (três) e reconhecer a primariedade e presença de bons antecedentes do paciente, determinou que fosse ela cumprida inicialmente no REGIME FECHADO.

Porém, NÃO FUNDAMENTOU tal decisão, deixando de esclarecer as razões pelas quais assim decidia.

.....

Mas, a verdade é que o órgão coator, ao determinar que o paciente iniciasse o cumprimento da pena no regime fechado, não fundamentou tal decisão, contrariando o disposto no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil (...).

Também por falta de fundamentação, deve ser declarada a nulidade da decisão do órgão coator, por intermédio da qual determinou que o paciente



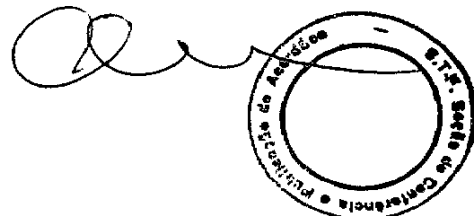
cumpra a pena no regime fechado (...)."

A postulação cautelar deduzida *initio litis* pelo impetrante foi por mim indeferida (fls. 38/39).

O órgão ora apontado como coator prestou as informações que lhe foram requisitadas, salientando que (fls. 45/46), *verbis*:

"O paciente foi preso em flagrante no dia 29 de julho de 1989 e denunciado, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital, nos autos de ação penal nº 413/89, como incurso no artigo 12, da Lei nº 6.368/76. Restou condenado às penas de seis meses de detenção, com *sursis*, e multa, pela infração ao artigo 16, do mencionado diploma legal. O Ministério Público e o paciente apelaram, o primeiro postulando a procedência integral da denúncia e o segundo a absolvição. A Primeira Câmara Criminal deste Tribunal julgou prejudicado o apelo defensivo e proveu o recurso ministerial para condenar o paciente às penas de três anos de reclusão e multa, pela prática do delito definido no artigo 12, da Lei de Tóxicos. Não houve interposição de recurso contra o *v. acórdão*.

A respeito do alegado na impetração, cumpre esclarecer que o paciente, agraciado com o benefício da liberdade provisória, respondeu à ação penal em liberdade, situação em que recorreu



por força da concessão do sursis. Porém, ao prover o recurso da Justiça Pública, deliberou a Egrégia Câmara fixar o regime fechado para o cumprimento inicial da sanção aflitiva e determinar a expedição de mandado de prisão contra o paciente, cujo cumprimento ocorreu em 27 de outubro de 1994."

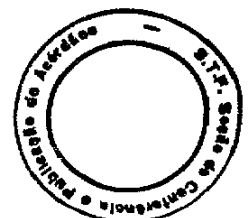
O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido, em parecer assim ementado (fls. 65), **verbis**:

- "1. Acórdão: fundamentação implícita.
2. Inexistência de nulidade.
3. Pelo indeferimento."

É o relatório.



/jdm.





*Supremo Tribunal Federal*

HC 72.106-1 SP

722

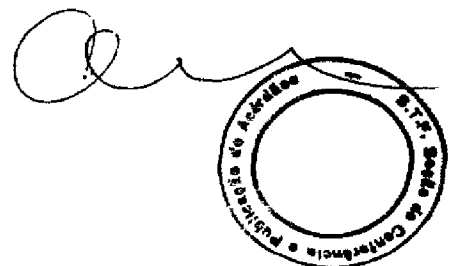
V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR) -  
Postula-se, na presente impetração, que esta Corte,  
alternativamente, (a) anule o acórdão ora impugnado, para que  
outro, devidamente fundamentado no ponto em que fixar o regime  
inicial de cumprimento da pena, venha a ser proferido pelo  
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ou (b) conceda ao  
ora paciente, desde logo, o benefício do regime penal aberto  
(fls. 11).

O acórdão emanado do Tribunal apontado como  
coator, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto  
pelo Ministério Público, condenou o ora paciente à pena de três  
anos de reclusão, e multa, por ofensa ao art. 12 da Lei nº  
6.368/76.

Mais do que isso, e neste ponto reside o próprio  
objeto da impugnação ora deduzida pelo impetrante, o Tribunal  
de Justiça do Estado de São Paulo, após ampla análise do  
conjunto probatório produzido no âmbito do processo penal de  
conhecimento - exame que se impôs ao Tribunal apontado como  
coator para que este, **fundado na grande quantidade de maconha  
apreendida (cerca de 1300 gramas)**, afastasse a condenação penal  
de primeira instância que enquadrara o comportamento do  
paciente no art. 16 da Lei nº 6.368/76 -, culminou por fixar em  
desfavor do réu sentenciado o regime penal fechado (fls. 33).

7



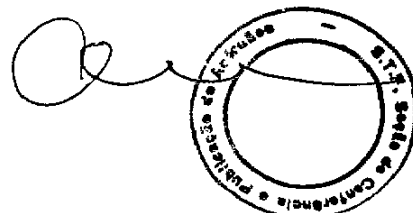
0017910400  
0349072100  
0630015560

Essa condenação penal, imposta em 25/3/91, sobreveio quando já se achava em vigor a Lei dos Crimes Hediondos, muito embora o fato delituoso houvesse sido cometido pelo agente em 28/7/89, antes, portanto, da edição da Lei nº 8.072, de 25 de junho de 1990.

A análise do conteúdo do acórdão condenatório não autoriza, contudo, a inferência de que o Tribunal apontado como coator teria feito aplicação retroativa da *lex gravior*.

Não há dúvida de que o Tribunal apontado como coator não poderia - tendo presente o princípio constitucional que veda, em caráter absoluto, a imposição retroativa da lei penal mais severa (CF, art. 5º, XL), inclusive no que se refere ao processo de execução das penas (RTJ 142/564) - estender ao ora paciente, por fato delituoso ocorrido antes da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, norma de direito material mais gravosa concernente à modalidade fechada do regime penal aplicável ao traficante de entorpecentes.

O reconhecimento de que as normas concernentes à definição do regime penal constituem regras de direito material, insuscetíveis, portanto, de eficácia retroativa quando veiculadoras de prescrições mais gravosas em tema de execução das sanções penais, encontra assento tanto na doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, "Código de Penal Anotado", p. 124, 4ª ed., 1994, Saraiva; NELSON HUNGRIA, "Comentários ao Código Penal", vol. I/115, tomo I, item n. 4, 4ª ed., 1958, Forense; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "Manual de Direito Penal", vol. 1/61, 7ª ed., 1993, Atlas;



VINCENZO MANZINI, "Tratatto di Diritto Penale", vol. 1/360, 1950, Utet; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "Princípios Básicos de Direito Penal", p. 34/35, item nº 35, 3ª ed., 1987, Saraiva; ALBERTO SILVA FRANCO, "Crimes Hediondos", p. 155, 3ª ed., 1994, RT) quanto na jurisprudência dos Tribunais (RT 686/328 - RT 687/349 - RT 697/297), inclusive no magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

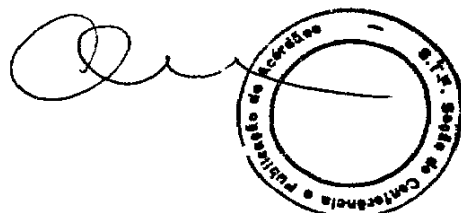
"... O artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, não pode ser aplicado a delito praticado anteriormente à sua entrada em vigor, sob pena de ocorrer aplicação retroativa."

(HC 70.807-MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES, 1ª Turma)

"HABEAS CORPUS (...) Pena. Indeferimento de pleito de progressão para o regime semi-aberto. Aplicação do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, que veda aquele benefício nos casos de crimes hediondos. Impossibilidade de aplicação retroativa da lei. Ofensa ao artigo 5º, XL, CF.

A vedação da progressão do regime penal nos crimes hediondos constitui 'lex gravior', que não pode ser aplicada aos fatos anteriores à sua edição (...).

A norma que trata do modo de execução da pena é de direito material e não processual penal. Aplicabilidade dos princípios 'tempus



*delicti commissi regit actum'* e da irretroatividade da lei mais gravosa. (...)."

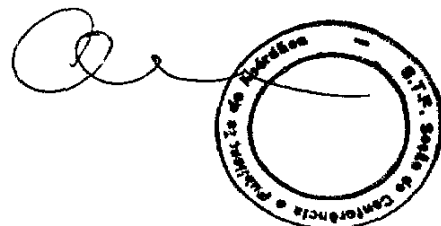
(HC 71.363-MG, Rel. Min. PAULO BROSSARD, 2ª Turma)

Ocorre, no entanto, que o Tribunal apontado como coator não fez aplicação retroativa da Lei dos Crimes Hediondos. Na realidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - além de não haver feito qualquer referência ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que impõe a execução integral da pena em regime fechado -, determinou, ao contrário, que a sanção penal infligida ao ora paciente fosse cumprida em regime inicialmente fechado, admitindo, em consequência, a possibilidade jurídica de progressão do sentenciado nos sucessivos regimes prisionais menos gravosos.

Sob esse aspecto, portanto, tenho para mim que não procede a objeção deduzida pelo ilustre impetrante.

O ilustre impetrante, em sua postulação, pretende, **alternativamente**, quando não invalidado o acórdão no ponto em que imotivadamente teria fixado o regime inicial de cumprimento da pena, que o Supremo Tribunal Federal, desde logo, garanta ao ora paciente o benefício do regime penal aberto (fls. 11).

Essa pretensão, tal como deduzida, não pode constituir objeto de acolhimento por esta Corte, eis que o remédio constitucional do **habeas corpus** não se apresenta como instrumento jurídico adequado ao exame dos critérios -



especialmente aqueles de índole subjetiva - subjacentes à determinação do regime prisional inicial.

Revela-se firme, nesse sentido, a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte que, em sucessivos pronunciamentos, tem salientado:

"Habeas Corpus. Regime de cumprimento da pena imposta. Faculdade do Magistrado de elegê-lo, atento às circunstâncias e conseqüências do crime. Juízo que não comporta revisão em sede de habeas corpus.

Ordem denegada."

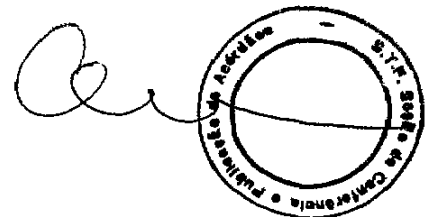
(RTJ 125/578)

"Habeas corpus. Pena. Regime de cumprimento. Questões insusceptíveis de se verem revisadas em Habeas corpus.

Fixação da pena e do seu regime de cumprimento, segundo parâmetros legais e no âmbito da discricão legítima do magistrado singular. Hipótese estranha aos limites do Habeas corpus."

(RTJ 119/668)

"Não é o habeas corpus instrumento adequado para reavaliação das condições subjetivas do paciente para efeito de regime de prisão, matéria, ademais, a ser submetida, primeiramente ao juízo da execução.



**Habeas corpus indeferido."**

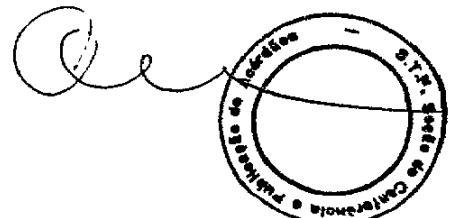
(RT 666/388)

Na realidade, não pode o Supremo Tribunal Federal, substituindo-se aos magistrados e Tribunais inferiores, fixar, desde logo, mediante uma incabível análise em sede de **habeas corpus** dos requisitos subjetivos e objetivos inerentes aos diversos regimes prisionais, o regime penal com que o sentenciado deverá iniciar o cumprimento da condenação que lhe foi imposta.

Esse entendimento em torno da matéria tem prevalecido, como já salientado, na jurisprudência desta Corte, eis que a definição do regime penal, por supor a análise de fatos e de provas, constitui matéria cuja indagação revela-se incomportável no âmbito estreito da ação de **habeas corpus** (HC 71.363-MG, Rel. Min. PAULO BROSSARD).

Desse modo, não vejo como possa acolher, sob a **perspectiva ora delineada**, a pretensão deduzida pelo ilustre impetrante, que busca o deferimento, desde logo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do regime penal aberto em favor do ora paciente.

Resta verificar se o Tribunal apontado como coator - não obstante o reconhecimento judicial da primariedade e dos bons antecedentes do ora paciente (fls. 61) e o quantum da condenação penal fixado no acórdão impugnado (3 anos de reclusão, e multa fls. 61) - podia, ainda assim, impor ao sentenciado, tendo em vista a sua condição de traficante de



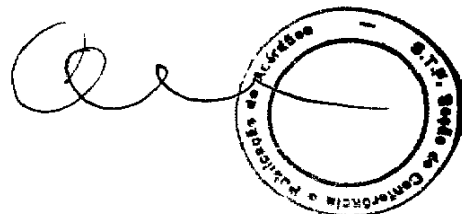
substâncias tóxicas, o cumprimento **inicial** da pena em regime fechado.

O ilustre impetrante sustenta que, presente esse contexto de ordem subjetiva (primariedade e bons antecedentes do condenado) e de natureza objetiva (pena de reclusão de 3 anos e multa), tem o ora paciente o direito de cumprir a sanção penal, desde o início, em regime aberto. Aduz que o ora paciente está sofrendo injusto constrangimento, eis que "já se encontra recolhido desde o dia 22 DE OUTUBRO DE 1994 junto a criminosos da mais alta periculosidade, enquanto ele é primário, de bons antecedentes, trabalhador e chefe de família, como demonstram os documentos que instruem este remédio heroico..." (fls. 10).

Não há dúvida de que, ainda que se trate de réu primário, sujeito a pena fixada em **quantum** igual ou inferior a 4 anos de prisão, mesmo assim será lícito ao juízo sentenciante impor-lhe, **desde que o faça motivadamente**, regime penal diverso e mais gravoso do que o regime penal aberto.

A jurisprudência desta Suprema Corte tem proclamado, a propósito da questão relativa à determinação do regime **inicial** de cumprimento da pena - especialmente no que se refere à aplicabilidade do preceito inscrito no art. 33, § 2º, c, do Código Penal - que, **verbis**:

"O Código Penal não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de



*prisão, a fixar o regime penal aberto. O direito positivo brasileiro permite ao juiz impor ao sentenciado regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante."*

*(HC 70.650-9, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

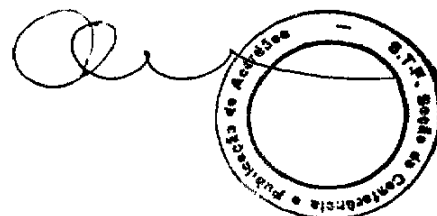
*"O cumprimento em regime mais brando (...) não é decorrência automática da duração da pena, mas simples faculdade do juiz, que pode e deve evitá-lo, quando não satisfeitos os pressupostos estabelecidos no caput do art. 59 do Código Penal."*

*(HC 66.950-6, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI)*

Impende ressaltar, inclusive, que - já sob a égide da Nova Parte Geral do Código Penal e mesmo antes da vigência da Lei dos Crimes Hediondos - esta Suprema Corte proclamava, em seu magistério jurisprudencial, a **inaplicabilidade**, ao réu condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, do benefício do regime penal aberto:

*"Penal. Prisão-albergue. Pode ser recusado o regime ao traficante de entorpecentes, não simplesmente porque como tal tenha sido condenado, mas por concorrer, no caso concreto, circunstância impeditiva, ou seja, a periculosidade do pleiteante."*

*(RTJ 114/758, Rel. Min. DECIO MIRANDA)*





"Habeas Corpus. Cumprimento de pena em regime aberto. Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, no qual a lei especial reconhece a presunção de periculosidade, ao impedir possa o condenado apelar em liberdade (artigo 35 da Lei nº 6.368/76), infere-se não poder o traficante condenado à pena inferior de quatro anos, cumpri-la desde o início em regime aberto.

Pedido indeferido."

(RTJ 123/102, Rel. Min. CARLOS MADEIRA)

"Penal. O condenado por tráfico de entorpecentes (artigo 12 da Lei nº 6.368/76) não pode cumprir a pena, desde o início, em regime aberto. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

RE conhecido e provido."

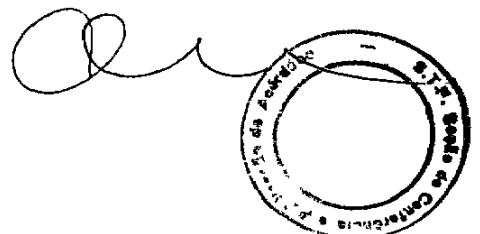
(RTJ 132/1317, Rel. Min. CÉLIO BORJA)

"Prisão albergue a condenado como incurso no art. 12 da Lei 6.368/76. Se não se pode propriamente presumir a periculosidade, a infração, por sua natureza, leva à recusa da prisão albergue.

Precedentes da Corte.

Recurso extraordinário conhecido e provido."

(RE 111.384, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, Primeira Turma, DJU de 12.12.86)



Vê-se, portanto, que não assiste ao sentenciado direito público subjetivo ao regime penal aberto, desde que o órgão judiciário sentenciante indique, concretamente, em ato jurisdicional plenamente motivado, as razões justificadoras da recusa de outorga desse mesmo regime ao réu condenado.

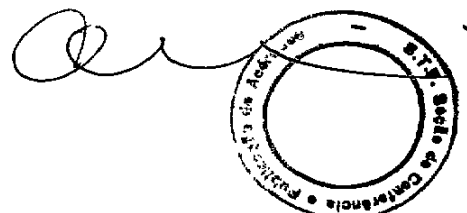
Impõe-se constatar, neste ponto, se o acórdão impugnado - que, ao prover o recurso do Ministério Público, reformou a sentença de primeiro grau que condenara o ora paciente à pena de 6 meses de detenção pela prática do crime de uso de substância tóxica (Lei nº 6.368/76, art. 16 - v. fls. 22/29) - fundamentou, **adequadamente**, a imposição, ao sentenciado, do regime penal fechado.

O ilustre impetrante sustenta, neste ponto, que o Tribunal apontado como coator violou frontalmente a norma inscrita no art. 93, IX, da Constituição, posto que simplesmente não motivou o juízo de exclusão do benefício legal pertinente ao regime aberto de execução da pena.

Ao fundamentar a sua impetração, salientou-se, em essência, que (fls. 7/10), **verbis**:

*"É verdade que o julgador dispõe do direito de se valer de uma grande margem de interpretação e análise do caso concreto para, então, aplicar a lei cabível e o regime de cumprimento da pena imposta.*

*Apesar de a legislação vigente à época do fato apontado como criminoso permitir que o*



condenado por tráfico de entorpecente, primário e de bons antecedentes, iniciasse o cumprimento da pena igual ou inferior a quatro anos, ainda assim entende-se como admissível que o julgador pudesse, diante de cada caso, deixar de aplicá-la, desde que fundamentasse, adequadamente, tal decisão.

No caso em exame, nota-se do v. acórdão que o órgão coator, apesar de fixar a pena em menos de quatro anos (três) e reconhecer a primariedade e presença de bons antecedentes do paciente, determinou que fosse ela cumprida inicialmente no REGIME FECHADO.

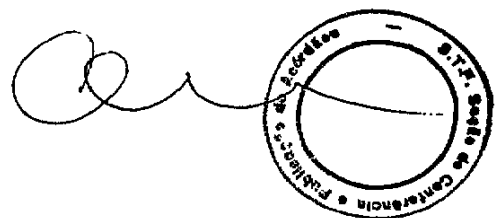
Porém, NÃO FUNDAMENTOU tal decisão, deixando de esclarecer as razões pelas quais assim decidia.

Seria em razão disposto na lei dos crimes hediondos? Não se sabe, já que da respectiva decisão não consta a fundamentação para assim decidir.

.....  
Seria em razão de possível reconhecimento de eventual periculosidade presumida? Pelas mesmas razões, não se sabe.

.....  
Seria, talvez, em função do disposto no artigo 35 da Lei Federal n. 6.368/76? Não se sabe.

.....  
Mas, a verdade é que o órgão coator, ao



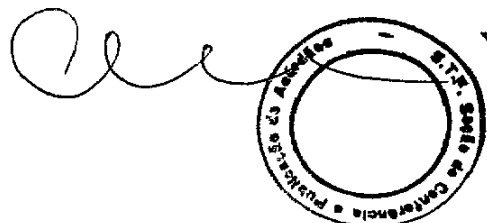
determinar que o paciente iniciasse o cumprimento da pena no regime fechado, não fundamentou tal decisão, contrariando o disposto no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil (...).

Também por falta de fundamentação, deve ser declarada a nulidade da decisão do órgão coator, por intermédio da qual determinou que o paciente cumpra a pena no regime fechado."

Entendo que, neste ponto, assiste plena razão ao ilustre impetrante, eis que o acórdão ora impugnado deixou de motivar a imposição, em desfavor do ora paciente, do regime penal fechado.

A leitura do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo evidencia que a Corte Judiciária apontada como coatora não indicou os motivos determinantes e nem justificou as razões pelas quais veio a fixar, para efeito de cumprimento da pena imposta ao ora paciente, o regime penal fechado.

Ao contrário do que pareceu à douta Procuradoria-Geral da República, o trecho do acórdão de que constariam as razões fundamentadoras do regime penal fechado presta-se, **tão-somente**, a indicar os motivos pelos quais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reputou como hipótese de tráfico de entorpecentes a conduta do paciente que foi qualificada, pelo magistrado de primeira instância, como fato subsumível à regra de tipificação inscrita no art. 16 da



*Supremo Tribunal Federal*

HC 72.106-1 SP

734

Lei nº 6.368/76.

O Tribunal ora apontado como coator, para afastar a interpretação que o juízo de primeiro grau havia dado aos fatos, viu-se na contingência de proceder a uma exaustiva análise da conduta do agente, para, com fundamento no exame detalhado da prova penal, concluir, como o fez no trecho referido pelo Procurador-Geral da República em seu parecer, que (fls. 60/61), **verbis**:

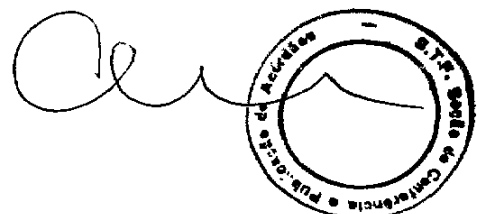
*"A quantidade, flagrantemente excessiva, não pode deixar dúvida quanto ao destino do tóxico. O ânimo de traficar é indiscutível. Depois, aquela quantidade não se compatibiliza com a alegada destinação exclusiva de uso próprio da erva.*

*A forma da apresentação da erva, ainda, induz à presunção de comercialização.*

*Depois, o réu não apresenta qualquer traço de 'maconheiro', especialmente a improdutividade. Ao contrário, é trabalhador e produtivo ao extremo, segundo o demonstra a defesa.*

*Não se compreende, ainda, que ao comprar tão grande quantidade ignorasse o réu que a maconha perderia o seu princípio ativo se usado tão esporadicamente como ele alegou.*

*De qualquer modo, os depoimentos dos policiais vieram corroborar aquela presunção de tráfico. Não se olvide que para*



confeccionar um 'fininho' bastam apenas 0,33 centigramas (cf. R.T., 546/307).

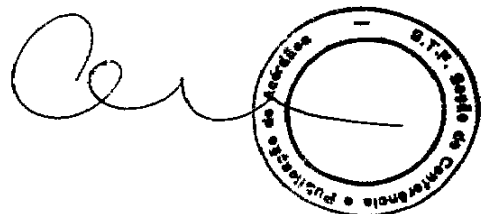
Impossível estabelecer, como princípio, a invalidade do depoimento prestado por policial. Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, os agentes policiais não estão proibidos ou impedidos de depor.

Acresce dizer que para que haja tráfico não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria apreendida. Aliás, o art. 37, da Lei de Tóxicos dá as coordenadas da caracterização do tráfico.

Do exposto, dá-se provimento ao apelo do Dr. Promotor de Justiça para condenar o réu José Roberto Marques de Oliveira como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76, condenando-se-o a cumprir 3 anos de reclusão e a pagar 50 dias-multa, mínimo (primário e bons antecedentes), em regime inicialmente fechado; prejudicado o apelo do réu."

Note-se, portanto, que os elementos de convicção referidos pelo acórdão ora impugnado destinavam-se, **única e exclusivamente**, a fundamentar, para os fins específicos do art. 12 da Lei nº 6.368/76, o juízo condenatório pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Esses elementos, contudo, não bastam, a meu juízo, para motivar a imposição ao ora paciente de regime penal mais gravoso.

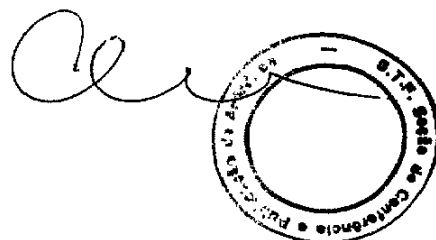


Não se pode perder de perspectiva, neste ponto que "O ordenamento jurídico brasileiro, ao tornar a exigência de fundamentação das decisões judiciais um elemento imprescindível e essencial à válida configuração dos atos sentenciados, refletiu, em favor dos indivíduos, uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, e impôs, como natural derivação desse dever, um fator de clara limitação dos poderes deferidos a magistrados e Tribunais" (RTJ 135/1111, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Tenho para mim que o Tribunal apontado como coator não prestou obséquio ao princípio constitucional da motivação dos atos decisórios consagrado pelo art. 93, IX, da Lei Fundamental da República, que impõe a qualquer órgão do Poder Judiciário, no julgamento das causas sujeitas à sua apreciação, o dever jurídico de fundamentar o seu pronunciamento jurisdicional.

Trata-se de princípio revestido da mais elevada importância político-jurídica, tanto que o seu desatendimento, pelos órgãos do Poder Judiciário, legitima a aplicação de uma sanção de direito constitucional, consistente no reconhecimento da nulidade do próprio ato sentencial no ponto em que afetado pelo vício em causa.

Não foi por outra razão que esta Suprema Corte, ao julgar o HC 68.530-SP, deixou positivado na análise desta questão que, *verbis*:



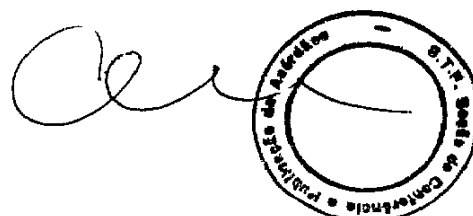
"Não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os juízes e tribunais estão, ainda que se cuide do exercício de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constrictivos do **status libertatis** que pratiquem no desempenho de seu ofício.

A conservação de um homem na prisão requer mais do que um simples pronunciamento jurisdicional. A restrição ao estado de liberdade impõe ato decisório suficientemente fundamentado, que encontre suporte em fatos concretos."

(RTJ 135/1111, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Na realidade, a estrita observância da garantia constitucional da motivação dos atos jurisdicionais atua como condição de eficácia e de validade dos próprios pronunciamentos decisórios emanados dos magistrados e dos Tribunais (RTJ 140/870-871, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que o réu tem o insuprimível direito de conhecer - até mesmo para efeito de ulterior impugnação judicial - as razões que levaram o Estado a afetar ou a restringir o **status libertatis** de que aquele é titular (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "Processo Penal", vol. 4/182-183, 11ª ed., 1989, Saraiva).

Bem por isso o Supremo Tribunal Federal, em tema de fixação do regime penal, tem advertido - tal como o fez no julgamento do HC 69.112-SP - que "A fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feita, fundamentadamente, com





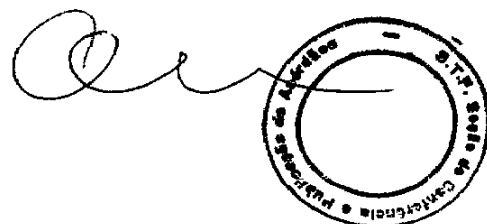
estrita observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal. Não basta, para esse efeito, a genérica referência às circunstâncias judiciais indicadas na norma legal mencionada. Quando possível, em tese, o início do processo de execução penal em regime semi-aberto, impõe-se ao juízo sentenciante a concreta indicação de elementos cuja efetiva ocorrência torne recomendável, ante as razões constantes do ato decisório, a adoção do regime fechado" (RTJ 141/545).

É de ter presente, neste ponto, ainda, a decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 68.592-7, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 07.06.91, em acórdão assim ementado:

"Habeas Corpus. Regime inicial de cumprimento da pena. Anulam-se a sentença e o acórdão que a confirmou, se não houve fundamentação no fixar o regime inicial de cumprimento da pena, determinando-se que outra decisão seja proferida, com observância das disposições legais pertinentes. Deferimento, em parte, do habeas corpus."

(RTJ 141/545-548, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A consideração dos precedentes referidos e o reconhecimento de que o acórdão proferido pelo Tribunal apontado como coator deixou de observar a exigência indisponível de fundamentação dos atos decisórios, no ponto em que, sem qualquer motivação, definiu-se pelo regime penal fechado, levam-me a deferir, em parte, este pedido de habeas



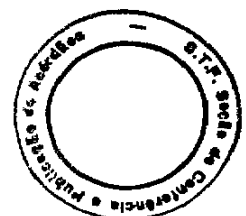
corpus, para determinar que, mantida a decisão penal condenatória consubstanciada no acórdão de fls. 58/62, pronuncie-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fundamentadamente, sobre o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao ora paciente, atendendo, desse modo, ao que dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Observo, neste ponto, que a parte dispositiva desta decisão reflete, em toda a sua extensão, a solução jurisdicional consagrada no julgamento do HC 70.807-MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES, em que esta Colenda Primeira Turma, em sua atual composição, e por unânime pronunciamento, apreciou questão essencialmente idêntica à que ora emerge destes autos.

Nesse sentido é o meu voto.



/jdm.



PRIMEIRA TURMA

740

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 72.106-1  
ORIGEM : SAO PAULO  
RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
PACTE. : JOSE ROBERTO MARQUES DE OLIVEIRA  
IMPTE. : NEWTON AZEVEDO  
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SAO PAULO

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Newton Azevedo. 1a. Turma, 21.02.95.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Ricardo Dias Duarte  
Secretário

