



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 301.795 - RJ (2014/0207161-7)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : SERGIO DE JESUS CAETANO**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO *OPE LEGIS* DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ANALISAR A MATÉRIA, À LUZ DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DIRETAMENTE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Afastada a fundamentação meramente *ope legis* empreendida pelas instâncias ordinárias, foi determinado ao Tribunal de Justiça estadual que avaliasse o caso, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente, condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, regime inicial mais brando de cumprimento de pena.
2. Em decorrência de não haver transitado em julgado a condenação, deve o Tribunal *a quo* proceder ao referido exame, pois as particularidades concretas do caso não foram analisadas pelas instâncias ordinárias, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal.
3. Agravo regimental não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília, 18 de dezembro de 2014

**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 301.795 - RJ (2014/0207161-7)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : SERGIO DE JESUS CAETANO**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

**SERGIO DE JESUS CAETANO** interpõe agravo regimental em decorrência de decisão monocrática de minha lavra (fls. 83-90), em que neguei seguimento ao *habeas corpus* impetrado, mas, por identificar o apontado constrangimento ilegal, concedi a ordem postulada, de ofício, para determinar ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que – com fundamentação em dados concretos dos autos – procedesse à análise do regime inicial de cumprimento de pena cabível à espécie.

Em suas razões, o agravante sustenta que deve ser fixado por esta Corte Superior o regime intermediário para o início do cumprimento da reprimenda, "uma vez que o TJRJ, ao modificar a sentença, reconheceu como favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06" (fl. 102). Alega, outrossim, que "por força do trânsito em julgado para a acusação, tal premissa fática não pode ser alterada por nenhum Juízo" (fl. 103).

Assevera, ainda, que "se favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal/artigo 42 da Lei 11.343/06, inclusive refletindo a fixação da pena no mínimo legal, não tem como qualquer outro Juiz fixar regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o estabelecido no § 2º do artigo 33 do Código Penal" (fl. 105).

Por derradeiro, menciona que "remeter os autos ao Tribunal de origem para que este aplique o artigo 33, § 2º e § 3º c/c artigo 59 do Código Penal/artigo 42 da Lei 11.343/06, viola os princípios constitucionais da efetividade e tramitação por tempo razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CRFB/88), uma vez que tal providência já poderia ser feita pelo próprio Superior Tribunal de Justiça" (fl. 105).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Requer seja reconsiderada a decisão monocrática ou seja apresentado em mesa este agravo regimental, para conceder a ordem em sua integralidade e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao ora agravante.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 301.795 - RJ (2014/0207161-7)**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO *OPE LEGIS* DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ANALISAR A MATÉRIA, À LUZ DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DIRETAMENTE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Afastada a fundamentação meramente *ope legis* empreendida pelas instâncias ordinárias, foi determinado ao Tribunal de Justiça estadual que avaliasse o caso, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente, condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

2. Em decorrência de não haver transitado em julgado a condenação, deve o Tribunal *a quo* proceder ao referido exame, pois as particularidades concretas do caso não foram analisadas pelas instâncias ordinárias, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal.

3. Agravo regimental não provido.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

Não obstante as razões expostas pelo agravante, mantenho a decisão impugnada, que ora passo a reproduzir (fls. 83-90, destaques no original):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

Da atenta leitura do édito condenatório, verifico que **o Juízo sentenciante não apresentou fundamentação alguma para a fixação do modo inicial mais gravoso para o cumprimento da reprimenda**. Confira-se (fl. 9, destaquei):

[...]

Pelo fio do exposto e nos exatos termos da fundamentação, julgo procedente a pretensão punitiva estatal e, via de consequência, CONDENO O ACUSADO SÉRGIO DE JESUS CAETANO, como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, e art 35, ambos da Lei 11343/06, na forma do art 69, do CP. Passo a fixar-lhe as respectivas reprimendas: com relação ao crime previsto no art. 33 da Lei 11343/06:

[...]

Tudo considerado, fixo a pena base um pouco acima ao mínimo legal, qual seja, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, que torno definitiva na ausência de outras moduladoras, pois, ao contrário do sustentado pela nobre defesa, não há atenuantes da confissão. Adotando os mesmos fundamentos, com relação ao crime do art 35, contudo, não podendo incidir a questão relativa à diversidade de entorpecentes, fixo a pena base um pouco acima do mínimo legal, qual seja, 03(três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750(setecentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, que também torno definitiva na ausência de outras moduladoras. **Fixo o regime inicialmente fechado para o cumprimento de ambas as penas.**

A Corte de origem, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa, a fim de absolver o apelante do delito previsto no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006 e fixar a pena-base pelo crime de tráfico no mínimo legal, com a consequente redução da reprimenda para 5 anos de reclusão, além de reduzir o valor da multa.

No entanto, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, sob o fundamento de que o modo inicial mais gravoso "se adequa ao disposto no art. 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos" (fl. 31).

Desse modo, verifico que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias **incorreram em manifesta ilegalidade por ausência de fundamentação concreta** quanto à escolha do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que se refere ao édito condenatório, observo que o Juízo sentenciante, ao arrepio do disposto no art. 93, IX, da CF – princípio da fundamentação das decisões judiciais –, apenas elegeu o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, sem apresentar qualquer justificativa para tal escolha.

E a Corte de origem, ao manter o modo inicial mais gravoso, fundamentou a necessidade e suficiência do regime mais grave **exclusivamente no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07.**

Pelo princípio da individualização da pena, haurido do artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, e do artigo 59 do Código Penal, **não pode o julgador dosar a sanção penal sem consideração das circunstâncias e elementos concretos da causa em julgamento.**

Atento a esses princípios é que, em 27/6/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, com relatoria pelo Min. Dias Toffoli, o Tribunal Pleno da Corte Suprema declarou incidentalmente, por maioria, **a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n.º 8.072/90.**

Nesse sentido, ambas as Turmas Criminais desta Corte Superior vem decidindo, reiteradamente, que **a escolha do regime inicial de cumprimento de pena, nos crimes hediondos e a eles equiparados, também deve pautar-se nos critérios legais do artigo 33 do Código Penal.** Ilustrativamente:

[...]

Vale dizer, mesmo para os crimes hediondos ou a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da sanção imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto.

Na hipótese, observo, ainda, que a sentença condenatória consignou expressamente que o paciente é **primário e ostenta bons antecedentes** (fl. 9).

Em virtude, portanto, da total ausência de fundamentação na sentença condenatória e da invocação exclusiva de texto legal do artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990 no acórdão recorrido, como fundamento para a fixação do regime inicialmente fechado, **tenho como evidenciada a manifesta coação ilegal.**

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, conceder a ordem postulada, a fim de determinar o retorno dos autos **ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para que decida, com fundamentação em dados concretos, sobre a possibilidade de fixar ao paciente regime**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### **inicial mais brando de cumprimento de pena.**

Com efeito, na hipótese dos autos, reconheceu-se a fundamentação meramente *ope legis* empreendida pela instância ordinária, em razão da declaração da inconstitucionalidade do artigo de lei utilizado para fundamentar a escolha do regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Ressalto que não compete a este Tribunal Superior avaliar diretamente as circunstâncias do art. 33 do Código Penal, sob pena de indevida supressão de instância, visto que a Corte de origem fundamentou a imposição de regime prisional mais gravoso somente na hediondez do delito, sem avaliar as circunstâncias mencionadas no retrocitado dispositivo legal.

Assim, a remoção do óbice legal por este Superior Tribunal favorece o ora agravante e, em decorrência de haver a condenação transitado em julgado somente para a acusação, compete ao Tribunal *a quo* decidir sobre a matéria.

Nesse sentido, cito, por todos, recente julgado desta Sexta Turma:

[...]

2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Anulado o acórdão vergastado no tocante ao regime inicial do cumprimento da pena, cabe ao Tribunal de origem avaliar o caso sub judice, à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmada a liminar outrora deferida, para anular o acórdão vergastado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e determinar que o Tribunal de origem, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o óbice do art. 44 da Lei n.º





## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

11.343/06, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (HC 269.549/SP, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, 6ª T., DJe 26/3/2014)

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0207161-7

**AgRg no**  
**HC 301.795 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00143828020118190204 143828020118190204

EM MESA

JULGADO: 18/12/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : SERGIO DE JESUS CAETANO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : SERGIO DE JESUS CAETANO  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.