



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 299.971 - SP (2014/0183563-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : ALEX DOS SANTOS LIMA
ADVOGADO : RONALDO ORTIZ SALEMA E OUTRO(S)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ART. 35, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO *OPE LEGIS* DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AFASTAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA ANALISAR A MATÉRIA, À LUZ DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PROVIDO. EXTENSÃO EX OFFICIO.

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 associação para o tráfico de drogas, regime inicial mais brando de cumprimento de pena e de efetuar a conversão de suas penas em restritivas em direitos.

2. Noticiado o trânsito em julgado da condenação, o agravo regimental deve ser provido somente para que o Juízo das Execuções proceda ao referido exame, pois as particularidades concretas do caso não foram analisadas pelas instâncias ordinárias, à luz do disposto nos artigos 33 e 44 do Código Penal.

3. Agravo regimental provido, com extensão dos efeitos ao corrêu, na forma do art. 580 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, com extensão ao corrêu Luiz Carlos de Souza, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de outubro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 299.971 - SP (2014/0183563-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : ALEX DOS SANTOS LIMA
ADVOGADO : RONALDO ORTIZ SALEMA E OUTRO(S)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ALEX DOS SANTOS LIMA interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática, de fls. 161-166, de minha lavra, na qual neguei seguimento ao *habeas corpus* impetrado, mas, por identificar o apontado constrangimento ilegal, concedi a ordem postulada, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo analisasse o caso concreto, aferindo a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena e de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em suas razões, o agravante sustenta que a condenação pelo crime de tráfico de drogas já transitou em julgado, o que permitiria a concessão da ordem, desde logo, pelo Superior Tribunal de Justiça. Assere que tal providência não ensejaria supressão de instância.

Por tais motivos, requer a reforma da decisão agravada, para que seja fixado nesta Corte regime diverso do fechado e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 299.971 - SP (2014/0183563-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ART. 35, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO *OPE LEGIS* DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AFASTAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA ANALISAR A MATÉRIA, À LUZ DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PROVIDO. EXTENSÃO EX OFFICIO.

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 associação para o tráfico de drogas, regime inicial mais brando de cumprimento de pena e de efetuar a conversão de suas penas em restritivas em direitos.
2. Noticiado o trânsito em julgado da condenação, o agravo regimental deve ser provido somente para que o Juízo das Execuções proceda ao referido exame, pois as particularidades concretas do caso não foram analisadas pelas instâncias ordinárias, à luz do disposto nos artigos 33 e 44 do Código Penal.
3. Agravo regimental provido, com extensão dos efeitos ao corrêu, na forma do art. 580 do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

A decisão agravada foi assim fundamentada:

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 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.

I.

O paciente foi absolvido, em primeiro grau, da imputação do artigo 35, *caput*, c/c o artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, que lhe foi feita na denúncia.

Contudo, em grau de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento à apelação do Ministério Público e o condenou à **3 anos de reclusão, em regime inicial fechado**, mais multa, como incurso no artigo 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A pena foi assim fixada:

A pena-base deve permanecer no mínimo legal, de acordo com as circunstâncias do artigo 42 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Assim, na primeira fase, ante a inexistência de circunstâncias judiciais negativas a extrapolar a normalidade do tipo, deve a pena-base permanecer no mínimo legal para LUIZ CARLOS e ALEX.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, a reprimenda remanesce inalterada.

O regime inicial de cumprimento da reprimenda deve ser mesmo o fechado, pois, além de expressa previsão legal neste sentido (artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990), a conduta dos acusados é extremamente grave e deve receber todo o rigor penal. (fl. 53)

II.

Do trecho transcrito, verifico que a fixação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicialmente fechado foi fundamentada exclusivamente na gravidade abstrata do crime cometido e na determinação legal, prevista no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Contudo, quando do julgamento do *HC* n. 82.959/SP (DJ 1º/9/2006), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI. Por essa razão, a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza foi superada, pois quando do julgamento do *HC* n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos, do Código Penal, o que **não ocorreu na espécie**, à vista da fundamentação meramente *ope legis* empreendida pela instância ordinária.

Assim, uma vez que a condenação do paciente **ainda não transitou em julgado** (conforme consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo), cabe ao **Tribunal de Justiça estadual** avaliar o caso em exame.

III.

Da substituição da pena.

Em 1º.9.2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *HC* n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15.2.2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Não obstante, imperioso salientar que, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no artigo 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No caso dos autos, observo que a instância ordinária quedou-se inerte e deixou de apontar qualquer fundamentação que, à luz do artigo 44 do Código Penal, evidenciasse a insuficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para a prevenção e repressão do delito perpetrado na espécie.

IV.

Verifico, de ofício, que apenas o corréu LUIZ CARLOS DE SOUZA encontra-se em situação fático-processual idêntica à do paciente.

Com efeito, Luiz Carlos de Souza e o paciente foram condenados em segundo grau, pelo mesmo crime de associação para o tráfico e a reprimenda aplicada foi a mesma para ambos, em idêntica e conjunta dosimetria da pena, consoante se infere do trecho do acórdão transcrito no item I.

Assim, em homenagem ao princípio da igualdade, entendo que devem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser estendidos à LUIZ CARLOS DE SOUZA, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal, os efeitos da concessão desta ordem.

V.

À vista do exposto, com fundamento nos artigos 38 da Lei n. 8.038/1990 e 34, XVIII, do RISTJ, **nego seguimento** à impetração, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.

Contudo, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder** a ordem postulada, tão somente para que:

- a) afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o **Tribunal de Justiça de São Paulo** proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal; e
- b) verifique o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto no artigo 44 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

Ainda de ofício, estendo os efeitos dessa decisão ao corréu LUIZ CARLOS DE SOUZA.

Nas razões recursais, **o agravante comprova a ocorrência de trânsito em julgado do acórdão estadual, em 17/12/2013**, e requer que o Superior Tribunal de Justiça fixe, desde logo, regime diverso do fechado e substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O recurso deve ser provido, somente **para que o Juiz das Execuções decida sobre a matéria**.

Com efeito, na hipótese dos autos, reconheceu-se a fundamentação meramente *ope legis* empreendida pela instância ordinária, em razão da declaração da inconstitucionalidade dos artigos de lei utilizados para fundamentar a escolha do regime e a vedação da substituição da pena.

Assim, a remoção do óbice legal por este Superior Tribunal favorece o apenado e, aplicando-se, por analogia, o art. 66 da LEP, compete ao Juiz da Execução decidir sobre a matéria, mesmo porque tal decisão gerará reflexos no cumprimento da pena, que já está em curso.

Dessarte, a instância ordinária não avaliou as particularidades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretas do caso, à luz do disposto nos art. 33 e 44 do Código Penal, o que impede a análise direta da matéria por esta Corte.

Ilustrativamente:

[...]

1. Na espécie, a decisão agravada concedeu a ordem de ofício, para fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto, inobstante a não valoração pelas instâncias ordinárias acerca dos elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

2. De acordo com a jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior, com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal (HC n. 237.261/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 23/11/2012).

3. Agravo regimental conhecido e provido para reformar a decisão agravada e, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, na redação da Lei n. 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

(AgRg no HC 250.301/SP, Rel. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, 6ª T., DJe de 19/8/2014)

[...]

Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. (HC 252.868/SP, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, 6ª T., DJe de 2/5/2014)

[...]

Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequado para a paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.

(HC 247.818/RJ, Rel. Ministra **MARILZA MAYNARD** (Desembargadora convocada do TJ/SE), 6ª T., DJe de 14/4/2014)

[...]

I. Na espécie, a decisão agravada concedeu a ordem, de ofício, para fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto, inobstante a não valoração, pelas instâncias ordinárias, acerca dos elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

II. De acordo com a jurisprudência da 6ª Turma do STJ, "com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal". (STJ, HC 237.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2012).

III. Agravo Regimental conhecido e provido, para reformar a decisão agravada e, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF.

(AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**, 6ª T., DJe de 23/9/2013)

Federal: Essa, também, é a providência adotada pelo Supremo Tribunal

[...]

2. Possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado para réu condenado por crime hediondo ou equiparado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 declarado inconstitucional pelo Plenário do STF – HC 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli).

3. *Habeas Corpus* extinto sem resolução do mérito por inadequação da via processual. Ordem concedida de ofício para remover o óbice legal e determinar que o Juízo da causa examine os requisitos para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena, na forma do art. 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal.

(HC 107107, Relator Ministro **ROBERTO BARROSO**, 1ª T., DJe de 10/9/2014)

À vista do exposto, dou provimento ao agravo regimental somente para, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que:

a) afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o **Juízo das Execuções** proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal; e

b) verifique o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto no artigo 44 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

Estendo os efeitos desta decisão, na forma do art. 580 do CPP, ao corréu LUIZ CARLOS DE SOUZA, pois se encontra em situação fático-processual idêntica à do agravante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0183563-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 299.971 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00117940820068260099 117940820068260099 20130000379372 30038189320068260099
9032006

EM MESA

JULGADO: 21/10/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RONALDO ORTIZ SALEMA E OUTRO
ADVOGADO : RONALDO ORTIZ SALEMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX DOS SANTOS LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ALEX DOS SANTOS LIMA
ADVOGADO : RONALDO ORTIZ SALEMA E OUTRO(S)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, deu provimento ao agravo regimental, com extensão ao corréu Luiz Carlos de Souza, 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.