



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.605 - SP (2015/0078086-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FERNANDO LUIS COQUEMALA LAGUSTERA
ADVOGADO : GILSON JAIR VELLINI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO ARTIGO DE LEI OBJETO DA DIVERGÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA 284/STF. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO IMPROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A decisão agravada deu parcial provimento ao recurso, para que o Tribunal *a quo* fixe o regime prisional à luz dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06, uma vez que o regime fechado foi lastreado unicamente no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Nesse contexto, o pedido de fixação do regime aberto não pode ser acolhido, sob pena de supressão de instância.
2. A ausência de indicação do dispositivo legal, ao qual teria sido atribuída interpretação divergente por outro Tribunal, determina o não conhecimento do recurso especial, fulcrado na alínea "c" do permissivo constitucional, uma vez que caracteriza deficiência de fundamentação, a atrair a incidência da Súmula 284/STF.
3. Embora o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ele foi declarado inconstitucional, no ponto, por ocasião do julgamento do HC n. 97.259 (Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe 16/12/2010), tendo inclusive esse entendimento sido reafirmado pelo Min. Luiz Fux no ARE n. 663261/SP ao submeter a matéria à repercussão geral (Tema 626).
4. O indeferimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamentos exclusivamente abstratos, como a gravidade do delito de tráfico de drogas e seus efeitos na sociedade, caracteriza ilegalidade flagrante, admitindo a concessão de *habeas corpus* de ofício.
5. Agravo regimental improvido. *Habeas corpus* concedido de ofício para restabelecer a sentença monocrática no que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, mas, de ofício conceder ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.605 - SP (2015/0078086-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **FERNANDO LUIS COQUEMALA LAGUSTERA**
ADVOGADO : **GILSON JAIR VELLINI**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por FERNANDO LUIS COQUEMALA LAGUSTERA em face de decisão que conheceu em parte do recurso especial e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento para que o Tribunal *a quo*, analisando o caso concreto, fixe o regime prisional à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Alega o recorrente que, no caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 na fração de ½ (metade), o agravante, desde já, faz jus ao regime inicial aberto (fl. 490).

Reitera, também, o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, alegando que foram indicados os dispositivos legais cuja interpretação é objeto da divergência jurisprudencial arguida. A esse respeito, assevera também que, por se tratar de ilegalidade manifesta, pode ser corrida de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

Requer, desse modo, o provimento do agravo regimental, com a reforma da decisão monocrática proferida, a fim de que seja fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.605 - SP (2015/0078086-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Com relação ao regime prisional, o recurso especial foi parcialmente provido, para que o Tribunal *a quo*, analisando o caso concreto, o fixe à luz dos arts. 33 e parágrafos do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06, nos seguintes termos:

De outro lado, assiste razão ao recorrente.

Com efeito, o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, tanto na sua redação original (HC n. 82959/SP - 23/02/2006), quanto após as alterações introduzidas pela Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES - 27/6/2012).

Não é mais obrigatório o cumprimento da pena em regime fechado, seja integral, seja inicialmente, aos condenados pela prática de crime hediondo e/ou equiparados. A fixação do regime inicial deverá observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, quando se tratar de tráfico de drogas.

Na hipótese, o regime fechado foi determinado com base na gravidade abstrata do delito – hediondez – contrariando o entendimento desta Eg. Corte Superior, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. MANIFESTA ILEGALIDADE OCORRÊNCIA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

[...]

2. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. In casu, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão proferido em sede de apelação, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prolatado, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. (HC n. 273.944/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/05/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E CONJECTURAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. INEVIDENTE ILEGALIDADE.

[...]

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação conferida pela Lei n. 11.464/2007, em se tratando de crime hediondo e de assemelhado, o regime prisional há de ser fixado de acordo com o previsto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

6. É possível a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração mínima, tendo em conta a natureza e a quantidade da droga. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem deferida de ofício, para, confirmando a liminar, revogar a prisão preventiva do paciente, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de decretação de nova custódia, caso demonstrada sua real necessidade, bem como para determinar ao Tribunal estadual que reavalie, com base no caso concreto e de acordo com os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena, ante o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado. (HC n. 288.589/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 25/04/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ARTIGO 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

5. 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 pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

6. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação deste dispositivo não serve para 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.

7. Considerando que a condenação do paciente ainda não transitou em julgado para a defesa, cabe ao Tribunal de Justiça estadual avaliar o caso em exame, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao acusado regime inicial mais brando de cumprimento de pena, consoante o disposto no artigo 33 do Código Penal.

[...]

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que, 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. (HC n. 273.348/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/02/2014)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento para que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, fixe o regime prisional à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Do exposto, verifica-se que a decisão deve ser mantida uma vez que, pelos fundamentos expostos, não se poderia fixar desde logo o regime aberto, sob pena de supressão de instância, já que a Corte de origem ainda não analisou a possibilidade de cominar o regime à luz das especificidades do caso concreto.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR ESTE STJ. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO NÃO ANALISADAS PELA CORTE A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VILIPÊNDIO AO ART. 5º, LXXVIII, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada neste STJ, "é defeso a esta Corte decidir questão não enfrentada pelo Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância". (HC 69.292/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJ 05/11/2007)

2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1374128/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/5/2014, DJe 9/6/2014).

De outro lado, escorreita a decisão agravada quanto ao não conhecimento do recurso especial pela hipótese de cabimento prevista na alínea c do permissivo constitucional. Com efeito, conforme asseverado, a ausência de indicação do dispositivo legal ao qual teria sido atribuída interpretação divergente por outro Tribunal caracteriza deficiência de fundamentação, a atrair a incidência da Súmula 284/STF.

Contudo, assiste razão ao agravante quanto à afirmação de que há ilegalidade flagrante, a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício, no que se refere ao indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, ao reformar a sentença, asseverou o Tribunal *a quo* (fl. 394):

De outro lado, assiste razão à Justiça Pública quanto a ser indevida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois apesar da decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução n.º 5 do Senado Federal ter reconhecido ser possível sua aplicação para os delitos previstos na Lei de Drogas, entende-se que o deferimento da substituição deve ocorrer em casos especiais, quando remoto o risco de o agente tornar a transgredir a mesma lei, dado o apelo econômico do delito, não trazendo à sociedade a sensação de impunidade e banalização do gravíssimo crime de tráfico de entorpecentes, o que não ocorre no caso.

De exposto, verifica-se que a Corte de origem efetivamente cassou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, utilizando fundamentos exclusivamente abstratos, da gravidade do delito de tráfico de drogas e de seus efeitos na sociedade – cabíveis a qualquer condenação por tráfico e assim não servindo como fundamento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da pena.

Ora, como cediço, embora o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ele foi declarado inconstitucional, no ponto, por ocasião do julgamento do HC n. 97.259 (Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe 16/12/2010), tendo inclusive esse entendimento sido reafirmado pelo Min. Luiz Fux no ARE n. 663261/SP ao submeter a matéria à repercussão geral (Tema 626 de Repercussão Geral do STF).

Restou, pois, superada a vedação genérica e apriorística de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, nas condenações por crime hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental. Contudo, voto por conceder *habeas corpus* de ofício para restabelecer a sentença monocrática no que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0078086-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.524.605 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016024120128260637 16024120128260637 31212 3122012 6370120120016024

EM MESA

JULGADO: 20/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FERNANDO LUIS COQUEMALA LAGUSTERA
ADVOGADO : GILSON JAIR VELLINI
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FERNANDO LUIS COQUEMALA LAGUSTERA
ADVOGADO : GILSON JAIR VELLINI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO 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, negou provimento ao agravo regimental, mas, de ofício concedeu ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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