



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.161 - RJ
(2018/0065348-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : HORST HANS BOLLMANN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.

1. A decisão agravada foi clara ao afirmar a legalidade da fixação do regime inicial semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. Embora o *decisum* recorrido haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Tribunal de origem para manter a negativa de substituição da pena, a situação do acusado não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso especial, manteve-se a vedação ao benefício, conforme decidido pela Corte local.

3. Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, nas ADCs n. 43, 44 e 54, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena. Assim, não se pode mais executar antecipadamente a reprimenda imposta em condenação penal, confirmada pelo Tribunal, nas hipóteses em que o acusado respondeu em liberdade o processo, tal como ocorreu na espécie (fl. 151), até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.

4. Agrado regimental provido em parte, para afastar a execução provisória da pena até o trânsito em julgado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de fevereiro de 2020

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.161 - RJ
(2018/0065348-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : HORST HANS BOLLMANN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

HORST HANS BOLLMANN interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 486-490, na qual conheci do agravo e neguei provimento ao recurso especial, a fim de manter o regime fechado, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, na mesma oportunidade, determinar o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação, para o início da execução provisória da pena.

Alega a defesa que, "inexistindo circunstâncias judiciais subjetivas desfavoráveis ao recorrente, bem assim a sua idade avançada (hoje com 77 anos de idade, nascido em 28/06/1941, e-STJ fl. 51) é de rigor a fixação do regime inicial apenas com base na pena aplicada" (fl. 498).

Afirma que, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, "incidiu o douto Relator em proibida *reformatio in pejus*, quando, em recurso exclusivo da defesa, considerou argumento a reforçar a denegação da substituição da pena corporal" (fl. 499). Assegura que "é um contrassenso decidir em favor do pleito recursal, reconhecendo o equívoco adotado pela Corte de origem, que afastou a substituição pretendida pelo fato de o Agravante ser estrangeiro, e, assim mesmo, manter o indeferimento da pretensão por outro motivo" (fl. 499).

Por fim, sustenta que não poderia ser determinada a execução provisória da pena, pois foi concedido ao acusado o direito de recorrer em liberdade, e, "não tendo o membro do Ministério Público se insurgido em face desse ponto por meio de recurso cabível à sua época, não se revela crível a determinação *ex officio* de execução provisória" (fl. 502).

Pleiteia a reconsideração da decisão anteriormente proferida. Subsidiariamente, pugna pelo encaminhamento deste recurso para julgamento pelo órgão colegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.161 - RJ
(2018/0065348-1)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.

1. A decisão agravada foi clara ao afirmar a legalidade da fixação do regime inicial semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
2. Embora o *decisum* recorrido haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Tribunal de origem para manter a negativa de substituição da pena, a situação do acusado não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso especial, manteve-se a vedação ao benefício, conforme decidido pela Corte local.
3. Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, nas ADCs n. 43, 44 e 54, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena. Assim, não se pode mais executar antecipadamente a reprimenda imposta em condenação penal, confirmada pelo Tribunal, nas hipóteses em que o acusado respondeu em liberdade o processo, tal como ocorreu na espécie (fl. 151), até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.
4. Agravo regimental provido em parte, para afastar a execução provisória da pena até o trânsito em julgado da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Na hipótese, observo que o *decisum* agravado foi claro ao afirmar a legalidade da fixação do regime inicial semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Confira-se, no que interessa (fls. 487-489, grifos no original):

No que tange à pretendida imposição do regime menos gravoso de cumprimento de pena, verifico que o Tribunal de origem assim fundamentou a fixação do **regime inicial semiaberto**, *in verbis* (fl. 383, grifei):

No entanto, assiste razão ao MPF com relação ao regime prisional, haja vista que na fixação do mesmo deve ser observado o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente serão consideradas com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. No caso dos autos, **a natureza (cocaína) e a quantidade (3.370 Kg) da droga recomendam a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente previsto para a pena aplicada (art. 33, §2º, "c", do CP).**

Imperioso salientar que, por ocasião 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 art. 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 de outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Na espécie, verifico que o Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial semiaberto, notadamente em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas (**3.370 kg de cocaína**).

Assim, constato que foi mencionado fundamento concreto e idôneo para a fixação do regime mais gravoso. Apesar de o recorrente ser tecnicamente primário ao tempo do delito e haver sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que o regime inicial **semiaberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas, haja vista a natureza e a quantidade das drogas apreendidas.

No tocante à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, a Corte de origem negou o benefício, sob os seguintes fundamentos (fl. 383, grifei):

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também assiste razão ao órgão ministerial. Isto porque, embora o Pretório Excelso tenha declarado inconstitucional a vedação da referida conversão prevista nos arts. 33, §4º e 44, da Lei nº 11.343/06 (ARE 663261/SP) e o acusado tenha preenchido os requisitos objetivos previstos no art. 44,1, do CP, deve-se atentar para as peculiaridades do caso concreto.

Na hipótese, **o acusado é estrangeiro e não há elementos que comprovem vínculo familiar ou laboral com o Brasil a demonstrar que o mesmo cumprirá as penas substitutivas ao invés de evadir-se para seu país de origem. Insta frisar que a vedação da substituição não decorre simplesmente do fato de o acusado ser estrangeiro, mas da inexistência de laços e meios de sobrevivência que indiquem o cumprimento da medida.**

Sobre a matéria posta em discussão, menciono que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, é 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 art. 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.

In casu, constato que não se mostram suficientes os fundamentos que levaram o Tribunal de origem a negar a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

No entanto, conquanto o recorrente haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que as peculiaridades do caso concreto (em especial, a **quantidade de droga apreendida e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis** – tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal) evidenciam que, no caso, a substituição pretendida não se mostra uma medida socialmente recomendada, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Afirma o agravante, ainda, que "o douto Relator [incorreu] em proibida *reformatio in pejus*, quando, em recurso exclusivo da defesa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerou argumento a reforçar a denegação da substituição da pena corporal" (fl. 499), porquanto trouxe novos fundamentos – quantidade da droga apreendida e existência de circunstância judicial desfavorável – para justificar a vedação ao benefício.

Não há, contudo, falar que o *decisum* agravado, ao manter a negativa de substituição da reprimenda, haja desconsiderado a regra da *ne reformatio in pejus*.

A proibição da *reformatio in pejus*, derivação da regra mais ampla do *favor rei* (LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penale*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 115), traduz-se na vedação a que, em recurso interposto exclusivamente pelo acusado, o Tribunal de origem agrave a situação do recorrente, em relação à decisão impugnada, aceita pelo acusador. Proíbe-se, além disso, a *reformatio in pejus* indireta, para impedir que, nos casos em que a decisão impugnada pelo acusado seja anulada pelo tribunal, a nova decisão venha a ser mais gravosa aos interesses da defesa.

Sem embargo, não há impedimento a que, **mantida a situação penal do réu**, o Tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, ainda que por força de recurso manejado tão somente pela defesa, **possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no Juízo a quo**, objeto da decisão impugnada no recurso, até para não se correr o risco de inobservar o comando previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Como exemplo, cito aresto da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se admitiu expressamente a suplementação de fundamentos pelo Tribunal *ad quem*:

[...]

1 . Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus.

2. **Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.**

3. **Inexistência de *reformatio in pejus*** e inviabilidade do pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n. 101.917/MS, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, 1ª T., DJe-026 9/2/2011, grifei)

[...]

1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus.

2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.

3. Inexistência de reformatio in pejus. [...]

(HC n. 106.113/MT, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, 1ª T., DJe-022, 1º/2/2012, destaquei).

Também aqui no **Superior Tribunal de Justiça**, por ambas as turmas, a questão tem sido enfrentada e decidida tal qual ora proposto:

[...]

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.**

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apreço – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 304.886/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., julgado em 24/2/2015, destaquei)

[...]

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu no sentido de que o Tribunal de origem não está adstrito aos fundamentos da sentença de 1º grau, uma vez que a apelação criminal tem efeito devolutivo amplo, possibilitando ao Juízo ad quem a ponderação, segundo seu prudente arbítrio, acerca da dosimetria da pena ou do regime inicialmente imposto, ainda que com novos argumentos, desde que respeitados os limites da pena estabelecida no juízo de origem.

3. **No caso *sub judice*, a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção do regime prisional, em recurso exclusivo da defesa, não ofende o princípio da *ne reformatio in pejus*, visto que não houve o agravamento da situação do réu.**

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 307.365/PR, Rel. Ministro **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador convocado do TJ/SP, 5ª T., DJe 19/12/2014, grifei)

No caso, conforme visto, embora o *decisum* recorrido haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Tribunal de origem para manter a negativa de substituição da pena, verifico que a situação do acusado não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso especial, manteve-se a vedação ao benefício, conforme decidido pela Corte local.

Diante de tais considerações e, sobretudo, em razão de **o acusado ostentar circunstância judicial desfavorável e haver sido apreendido com 3.370 quilos de cocaína**, deve ser mantida inalterada a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No tocante à **execução provisória da pena**, com razão o agravante. Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, nas **ADCs n. 43, 44 e 54**, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê **o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

início do cumprimento da pena. Assim, segundo o referido aresto, o art. 283 do CPP está em conformidade com a garantia prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O *decisum* proferido em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, e não pode, igualmente, ser objeto de ação rescisória (art. 26 da Lei n. 9.986/1999). **Tem eficácia contra todos e efeito vinculante, inclusive em relação aos órgãos do Poder Judiciário.**

Logo, desde o referido julgamento, não se pode mais executar antecipadamente a reprimenda imposta em condenação penal, confirmada pelo Tribunal, nas hipóteses em que **o acusado respondeu em liberdade o processo, tal como ocorreu na espécie** (fl. 151), até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.

À vista do exposto, **dou parcial provimento ao agravo regimental**, apenas para afastar a execução antecipada da pena até o trânsito em julgado da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0065348-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 1.298.161 /
RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00252016 05002582220164025101 2016.00.00.100636-7 2016.51.01.129104-1
2016.51.01.131427-2 2016.51.01.500258-0 2016.51.01.507875-3 201600001006367
201651011291041 201651011314272 201651015002580 201651015078753 252016
5002582220164025101

EM MESA

JULGADO: 11/02/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : HORST HANS BOLLMANN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 : HORST HANS BOLLMANN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.