



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 219.049 - RJ (2011/0223649-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **WLADIMIR NUNES MARTINS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990. POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO NOS TERMOS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. ANÁLISE PELO JUÍZO COMPETENTE. MATÉRIA NÃO DIRIMIDA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DIRETAMENTE POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. Inviável a fixação de regime inicial mais brando diretamente por esta Corte Superior de Justiça, haja vista que tal questão não foi dirimida pelo Tribunal impetrado, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

3. Afastada a imposição legal, a qual era baseada na hediondez do delito, compete ao Juízo de primeiro grau o exame dos pressupostos necessários a escolha do modo prisional diverso do fechado.

4. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 219.049 - RJ (2011/0223649-3)

AGRAVANTE : WLADIMIR NUNES MARTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por WLADIMIR NUNES MARTINS contra decisão desta relatoria que negou seguimento ao *habeas corpus*, por ser manifestamente incabível, concedendo, no entanto, a ordem de ofício para determinar a análise, pelo Juízo competente, de eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos previstos para a fixação regime inicial diverso do fechado.

Sustenta o agravante que deveria ter sido estabelecido o modo semiaberto de execução da pena, tendo em vista que o Juízo sentenciante teria reconhecido a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, em razão do trânsito em julgado para a acusação, esta premissa não poderia ser alterada.

Alega que a concessão da ordem, nos termos em que realizada, violaria os princípios constitucionais da efetividade e tramitação por tempo razoável do processo, uma vez que a aplicação do art. 33, §§ 2º e 3º c.c art. 59, do Código Penal, poderia ser realizada por esta Corte Superior de Justiça.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do recurso a fim de que seja fixado o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 219.049 - RJ (2011/0223649-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Na hipótese, negou-se seguimento ao *habeas corpus*, por ser manifestamente incabível, concedendo-se, no entanto, a ordem de ofício para determinar a análise, pelo Juízo competente, de eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos previstos para a fixação regime inicial diverso do fechado.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, em razão da prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso IV, e art. 35, c/c art. 40, inciso IV, ambos da Lei 11.343/06, na forma do art. 69, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, a qual foi provida em parte para absolver o paciente do crime descrito no art. 35, c/c art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/06, reduzindo sua reprimenda para 04 (quatro) anos e 18 (dezoito) dias de reclusão, mais multa, pela prática da infração penal descrita no art. 33, da referida legislação.

Impetrou-se *habeas corpus* contra o aludido acórdão, pleiteando a sua reforma e, por conseguinte, a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da fração do § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu grau máximo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação de regime prisional aberto.

Posteriormente, em decisão monocrática deste Relator foi negado seguimento ao *mandamus*, concedendo-se, contudo, a ordem, de ofício, nos seguintes termos :

*"[...] tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, tenho entendido que **deve ser afastado o referido óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, fixando-se o modo de execução de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do CP.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tendo o modo inicial fechado sido imposto com base na mencionada vedação legal à imposição de regime mais brando aos condenados pelo crime de tráfico, de ser reconhecida a ilegalidade sustentada na inicial, devendo a ordem ser concedida para que seja novamente analisada a forma de execução da pena, nos termos do que dispõe o art. 33 do Estatuto Repressor" (e-STJ fls. 169-170).

Nesta oportunidade, insurge-se o agravante contra parte da decisão que determinou ao Juízo competente a análise da possibilidade de escolha de regime inicial diverso do fechado, nos termos do art. 33 do Código Penal, por entender que esse exame deve ser feito diretamente por este Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, a irresignação não comporta acolhimento.

Depreende-se dos autos, que o Tribunal de origem, ao manter o regime inicial fechado, fundamentou o aresto tão-somente na Lei de Crimes Hediondos, não tendo procedido à aferição do que dispõe o Código Penal acerca do tema, *in verbis*:

"De outro lado, correto o regime prisional imposto ao apelante. Diante da condenação com base na Lei nº 11.343/06, a fixação do regime de cumprimento inicial de pena como o inicialmente fechado se mostra de acordo com os preceitos legais" (e-STJ fl. 74)

Com efeito, este único fundamento foi afastado quando do julgamento do *mandamus*, nos seguintes termos:

"De se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal [...]"

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*interpretação da Constituição Federal, tenho entendido que **deve ser afastado o referido óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena**, fixando-se o modo de execução de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do CP" (e-STJ fl. 169).*

Assim, tendo em vista que o regime prisional fora fixado apenas com base em artigo de Lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que não houve a análise das circunstâncias do caso concreto, nos termos do art. 33 do Código Penal, fator que impede a apreciação da matéria diretamente por esta Corte Superior, sob pena de incidir em indevida supressão de instância, exatamente como decidido na espécie.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 381 E 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA. MERO INCONFORMISMO QUANTO AO MÉRITO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. PRETENSÃO DE REGIME DIVERSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DE ORIGEM, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A mera irresignação com o entendimento apresentado no acórdão recorrido, ratificado após o julgamento dos embargos de declaração, não viabiliza a interposição do recurso especial por violação aos arts. 381 e 619 do Código de Processo Penal, visando, exclusivamente, a reversão do julgado.

3. Quanto ao regime prisional, conforme registrado na decisão agravada, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado.

4. Entretanto, como as instâncias ordinárias justificaram a imposição do regime mais gravoso com base exclusivamente na hediondez do delito, inviável a análise direta por este Superior Tribunal da almejada alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

5. Diante disso, afastada a vedação legal, compete ao Juiz de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeiro grau avaliar a possibilidade ou não do estabelecimento de regime diverso do fechado, à luz das disposições contidas no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1435379/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 21/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA MENORIDADE RELATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA- BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO QUANTO À PRIMEIRA PACIENTE. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR AO PRESENTE FEITO. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. SEGUNDO PACIENTE REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA DA PRIMEIRA PACIENTE AFASTADA. APLICAÇÃO DA BENESSE. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO, NO PONTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Os temas referente aos pleitos de aplicação da atenuante da menoridade relativa, quanto ao segundo paciente, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de declaração de inconstitucionalidade da pena de multa não foram apreciados pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 1.184 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

4. A agravante da reincidência deve ser afastada tão somente com relação à primeira paciente, porquanto não consta em sua folha de antecedentes registro de condenação definitiva anterior ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente feito, razão pela qual não há falar em reincidência. No tocante ao segundo paciente, entretanto, verifica-se a existência de uma condenação definitiva pela prática do delito descrito no art. 180 do Código Penal (processo-crime n.º 1760/2008), cujo trânsito em julgado ocorreu em 5.6.2009. Resta configurada, pois, a reincidência.

5. As instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, quanto ao segundo paciente, porquanto devidamente fundamentado o afastamento do benefício com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Quanto à primeira paciente, contudo, uma vez afastada a agravante da reincidência, deve ser anulado o acórdão, no ponto.

6. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para anular o acórdão guerreado, quanto a primeira paciente, no ponto referente à causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, para que, afastada a reincidência, o Tribunal de origem se manifeste sobre a possibilidade de aplicação da benesse, e, ainda, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena de ambos os pacientes.

(HC 243.381/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014)

Com efeito, a decisão agravada, de modo fundamentado, deliberou acerca da impossibilidade de análise do regime inicial nesta instância, não havendo falar em ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0223649-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 219.049 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 210365520088190021

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA
E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WLADIMIR NUNES MARTINS

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 : WLADIMIR NUNES MARTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.