



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.980 - RJ (2012/0199623-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : ROGÉRIO RABE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
ADVOGADO : ROGÉRIO RABE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : VITOR MARTINS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. 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.

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não se afigura 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.

4. Verificando-se que a condenação do paciente já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar a eventual possibilidade de imposição de regime prisional mais brando, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz do preconizado no artigo 33 do Código Penal.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções Criminais 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.

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, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de novembro de 2013(data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.980 - RJ (2012/0199623-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : ROGÉRIO RABE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
ADVOGADO : ROGÉRIO RABE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : VITOR MARTINS

RELATÓRIO

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

VITOR MARTINS, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 00024053-36.2011.8.19.0008).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Os impetrantes sustentam a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime fechado para o início de cumprimento da pena, sem fundamentação adequada.

Afirmam que a gravidade abstrata do delito, por si só, não constitui fundamento idôneo para o agravamento do regime, nos termos das Súmulas ns. 718 e 719 do STF.

Destacam que o paciente é primário e possui bons antecedentes, bem como que todas as circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.

Requereram, inclusive liminarmente, fosse fixado ao paciente o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida (fls. 50/51).

Prestadas as informações (fls. 64/77).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do *writ* (fls. 81/83).

Os autos foram a mim atribuídos em 6/9/2013(fl. 86).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.980 - RJ (2012/0199623-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. 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.

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não se afigura 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.

4. Verificando-se que a condenação do paciente já transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar a eventual possibilidade de imposição de regime prisional mais brando, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz do preconizado no artigo 33 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções Criminais 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.

VOTO

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

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema (HC n. 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012; HC n. 108.901/SP, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10/5/2013), também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal (HC n. 183.889/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/8/2013).

Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm feito a ressalva de que, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, nada impede que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça – conforme o caso – analise a questão de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º da Lei nº 11.343/2006, porque, segundo restou apurado, no dia 4.10.2011, trazia consigo, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, **166 (cento e sessenta e seis) sacolés contendo pó branco, identificado como cloridrato de cocaína** (fl. 13).

Inconformados com a condenação, apelaram a defesa e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público, tendo a Corte de origem negado provimento ao recurso defensivo e dado provimento ao apelo ministerial, para majorar a pena do paciente para **4 anos e 2 meses de reclusão, mais multa**.

Daí este *habeas corpus*, por meio do qual buscam os impetrantes seja fixado ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

No que tange à almejada alteração do regime fixado para o início de cumprimento da pena, verifico que o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do **modo inicial fechado**, pelos seguintes fundamentos (fl. 21):

"Fixo o regime fechado para o cumprimento da pena. Inobstante as circunstâncias do artigo 59 serem favoráveis ao acusado e o quantitativo da pena imposta, entendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não só em razão da proibição expressa na nova legislação em vigor, mas também sempre na linha de que (...).

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicial mais gravoso, pelos argumentos abaixo aduzidos (fl. 47):

(...)
*O regime de cumprimento de pena deverá ser o fechado, não em virtude da Lei de Crimes Hediondos, **mas, sim, em razão de serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais - art. 42 da Lei de Drogas (quantidade de droga) - na forma do art. 33, § 3º, do Código Penal.***
(grifo próprio)

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, passível de concessão de *habeas corpus* de ofício.

Com efeito, verifico que o Juiz sentenciante entendeu devida a fixação do regime inicial fechado, sem, no entanto, ter apontado qualquer elemento concreto dos autos que justificasse o porquê de tal conclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Imperioso salientar que, 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 essas razões, 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, conforme preconizado no artigo 33 do Código Penal.

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 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.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza restou superada. Mais recentemente, 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.

E, conforme salientado, o Juiz sentenciante estabeleceu o modo inicialmente mais gravoso, **sem fundamentar, de maneira concreta**, à luz do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, as razões que justificassem a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda.

É bem verdade que a Corte estadual, para manter a imposição do regime inicial fechado, assim o fez "em razão de serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais - art. 42 da Lei de Drogas (quantidade de droga) - na forma do art. 33, § 3º, do Código Penal" (fl. 47).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante, ao contrário do asseverado pelo Tribunal de origem, verifico que todas as circunstâncias judiciais foram tidas como **favoráveis** ao paciente, tanto que a sua pena-base restou fixada no **mínimo** legalmente previsto (fl. 21).

Ademais, embora seja certo que a quantidade de substância entorpecente apreendida (**na espécie, 166 sacolés de cloridrato de cocaína**) e as demais circunstâncias previstas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 sejam elementos idôneos a justificar a imposição do modo inicialmente mais gravoso (nos termos do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal), tenho que **não poderia a Corte estadual, em recurso exclusivo da defesa nesse ponto, ter agregado nova fundamentação ao *decisum* condenatório**, sopesando, para fins de justificação do regime inicialmente mais gravoso, elementos não considerados pelo Juiz sentenciante, **sob pena de incidir na inadmissível inovação de fundamentação**.

Nesse ponto, apenas ressalto que, embora o Ministério Público estadual também tenha interposto recurso de apelação, ele se insurgiu apenas em relação ao *quantum* de redução de pena efetivada em razão da aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 (fl. 43), **não tendo, em momento algum, questionado a pena-base imposta ao paciente**.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, deve o magistrado, ao estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos, do Código Penal, o que, consoante se viu, **não ocorreu na espécie dos autos**.

Assim, uma vez que a condenação do paciente já transitou em julgado (conforme consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro), cabe ao **Juízo das Execuções Criminais** avaliar o caso em exame, porquanto o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos, conforme preconizado no artigo 33 do Código Penal.

À vista do exposto, **não conheço** da ordem, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, **concedo *habeas corpus*, de ofício**, apenas para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções Criminais 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0199623-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 254.980 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 240533620118190008

EM MESA

JULGADO: 07/11/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROGÉRIO RABE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
ADVOGADO : ROGÉRIO RABE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : VITOR MARTINS

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

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, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.