



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 242.130 - SP (2012/0096025-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **FABIANO BRAGA DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **JOSÉ CARLOS FURIGO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que concedeu liminarmente a ordem de *habeas corpus* para fixar ao paciente o regime prisional semiaberto, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal (5 anos de reclusão), sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado foi imposto sem a indicação de qualquer justificativa idônea.

2. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de agosto de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 242.130 - SP (2012/0096025-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão unipessoal de fls. 322/326, por meio da qual não conheci do *habeas corpus*, mas concedi a ordem de ofício, para abrandar o regime inicial fixado em desfavor do paciente Fabiano Braga de Oliveira.

Consta dos autos que Fabiano foi condenado a 5 anos de reclusão no regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

A defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, pleiteando a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como a fixação de regime mais brando e a substituição da penas, mas a ordem foi denegada.

Impetrado novo *writ* nesta Corte, sustentou-se que o paciente teria direito de ver aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como a fixação de regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em decisão monocrática, não conheci do *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, mas concedi a ordem de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa.

Daí o presente agravo, no qual o *Ministério Público Federal reconhece que o magistrado sentenciante não ofereceu fundamento para a fixação do regime inicial fechado (fl. 216)*, mas sustenta que, em caso de não aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – que determina o regime inicial fechado de cumprimento de pena – seria o caso de fazer retornar os autos à instância ordinária, para examinar o regime prisional (fl. 332).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que, diante de questão prejudicial de inconstitucionalidade de lei, que, quando a hipótese é de insuficiência de fundamentação, impõe-se a anulação do julgado, não a sua reforma para desde logo fixar o regime prisional requerido.

Por fim, ressalta que a superação da nulidade para que o Superior Tribunal de Justiça fixe desde logo regime mais brando, acaba por obrigá-lo ao revolvimento da matéria fático-probatória do processo, o que não é cabível na via eleita do writ.

Requer a reforma da decisão agravada para que os autos sejam encaminhados ao Juízo de origem, para que ele fundamente o regime inicial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 242.130 - SP (2012/0096025-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, estes não se mostram suficientes para reformar a decisão agravada.

Confira-se, no que interessa, o que foi decidido (fls. 325/326):

[...]

Mas tem razão o impetrante com relação ao regime inicial fechado, pois fixado do modo mais gravoso sem qualquer justificativa: *O cumprimento da pena deve ser realizado inicialmente no regime fechado* (fl. 216).

E não se diga que esse regime pode ter como fundamento as circunstâncias judiciais desfavoráveis ou a reincidência, pois o réu é primário e a pena-base foi fixada no mínimo.

Ademais, o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/6/2012, no julgamento do HC n. 111.840/ES.

Desde então, esta Corte também tem entendido que não mais subsiste a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33 do Código Penal, invocando ainda o art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06, para fundamentar concretamente a imposição do regime inicial correspondente à pena aplicada.

Nesse contexto, fica evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente em razão da fixação do regime inicial fechado realizada pelas instâncias ordinárias.

Com efeito, é sabido que o regime inicial é fixado tendo como parâmetros as balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, que tratam do tempo de pena e das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Sendo estas todas favoráveis a ele e sendo a pena fixada em 5 anos de reclusão, o regime inicial deve ser semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Estatuto Repressivo.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem de **ofício**, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa pelo paciente.

Como se vê, a condenação do paciente à pena de 5 anos de reclusão no regime inicial fechado, pelo crime de tráfico, sem qualquer fundamentação, mostrou-se passível de reforma pela via de *habeas corpus*, pois desnecessário o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento de matéria fático-probatória para a fixação da regime inicial.

É o próprio Código Penal que traz os parâmetros para a fixação do regime inicial, atinentes ao tempo de pena, às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e à reincidência.

E uma simples leitura da sentença (fl. 215) permite verificar a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e sua primariedade, razão pela qual o único regime cabível no caso seria o previsto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, levando-se em conta o tempo de pena a cumprir.

Desse modo, verificando-se, no caso, que só poderia ser levado em consideração o tempo de pena – em caso de anulação parcial da sentença, seria vedado ao Juízo de piso agregar novos fundamentos à dosimetria, notadamente em relação às circunstâncias judiciais e à reincidência –, a fixação do regime semiaberto mostra-se de rigor, sendo desnecessária e incompatível com o princípio da celeridade processual a devolução dos autos ao Juízo sentenciante, sobretudo porque isso acarretaria o prolongamento do constrangimento ilegal a que vem sofrendo o paciente, submetido a regime mais gravoso do que aquele que deveria cumprir.

Confira-se a jurisprudência desta Corte em situações semelhantes:

AGRAVO REGIMENTAL *HABEAS CORPUS*. DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STF E DO STJ.

1. Nos crimes de tráfico de drogas, é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação de outro regime que não o fechado, se preenchidos os requisitos legais.

2. A decisão agravada está de acordo com o posicionamento pacificado desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto, observadas a quantidade e a diversidade da droga.

3. Agravo regimental improvido.
(AgRg no HC n. 293.473/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 20/6/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECORRENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Recorrente condenado às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, porque supreendido na posse de 10 (dez) gramas de cocaína, para fins de comércio.

2. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, ante a condenação do acusado por associação para o tráfico. Precedentes.

3. A via estreita do habeas corpus é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O Plenário da Suprema Corte, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel.Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Diante do quantum da pena estabelecida, a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal.

6. Recurso ordinário parcialmente provido, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

(RHC n. 46.476/MT, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 11/6/2014 – grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. HEDIONDEZ AFASTADA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- No caso, considerando que o crime praticado pelo ora paciente - associação para o tráfico - foi cometido na vigência da Lei 6.368/1976 (meses de abril a junho de 2005), a pena aplicada (três anos de reclusão), bem como a primariedade do paciente e os seus bons antecedentes, mostra-se possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal. Atento às mesmas balizas, cabível também a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos. Precedentes desta Corte.

Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no HC n. 272.704/SP, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 24/2/2014 – grifo nosso)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0096025-4

AgRg no
HC 242.130 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3262008 455414220128260000

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ CARLOS FURIGO
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS FURIGO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO BRAGA DE OLIVEIRA
CORRÉU : MARCELINO DOS SANTOS

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : FABIANO BRAGA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS FURIGO

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.