



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 257.178 - SP (2012/0218425-1)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : PEDRO MANOEL ILARIO SOARES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. FIXAÇÃO TÃO SOMENTE COM FUNDAMENTO NO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007, DECLARADO INCONSTITUCIONAL, PELO STF. DECISÃO QUE CONCEDEU A ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO, PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO ANÁLISE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DOS ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS, À LUZ DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.

I. Na espécie, a decisão agravada concedeu a ordem, de ofício, para fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto, inobstante a não valoração, pelas instâncias ordinárias, acerca dos elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

II. De acordo com a jurisprudência da 6ª Turma do STJ, "com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal **a quo** não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal". (STJ, HC 237.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2012).

III. Agravo Regimental conhecido e provido, para reformar a decisão agravada e, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF.

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, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 257.178 - SP (2012/0218425-1)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão de minha lavra, que concedeu a ordem impetrada, de ofício, para fixar, em favor do agravado, o regime semiaberto, para início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sustenta o **Parquet**, nas razões do agravo regimental, que, "de fato, da literalidade da sentença, extrai-se que o regime inicial fechado foi fundamento exclusivamente com base no art. 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº. 11.464/2007" (fl. 173e). Todavia, ressalta que "a sentença condenatória em questão foi prolatada em 14 de setembro de 2011, antes portanto da declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal pelo E. Supremo Tribunal Federal, em 27/06/2012 (HC 11.840/ES), ou seja, quando ainda controvertida a questão posta" (fl. 174e).

Continua o agravante asseverando que "a melhor solução a ser dada aos **writ** impetrados contra tal ilegalidade é a simples anulação parcial da sentença, com a devolução ao juiz sentenciante, para que lhe seja oportunizada sua integração quanto ao regime inicial para cumprimento da pena à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (fl. 175e).

Requer, assim, o provimento do Agravo Regimental, com a reforma da decisão agravada, "para que apenas seja cassada em parte a sentença condenatória, para que o juiz sentenciante reavalie o regime prisional inicial do paciente à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (fl. 175e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 257.178 - SP (2012/0218425-1)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Assiste razão ao agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que a ordem foi concedida, nos seguintes termos:

"Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de PEDRO MANOEL ILARIO SOARES – condenado, pela sentença, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, com incurso no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006 –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo do paciente, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, e deu parcial provimento ao recurso ministerial, para afastar a redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ficando estabelecida a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo o regime inicial fechado.

Sustenta a impetrante, em síntese, a existência de constrangimento ilegal, na fixação de regime inicial fechado, mais gravoso que o delimitado pelo art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal, uma vez que inexistente óbice à fixação de regime prisional mais brando. Requer, portanto, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente.

O pedido formulado em sede de liminar foi deferido para, que, "afastada a disposição § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, o Juízo da Execução Penal reavalie o regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (fls. 42/44e).

As informações foram devidamente prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 60/116 e 118/131e).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, opinou pela denegação da ordem (fls. 134/136e).

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

No caso, o paciente foi condenado, em 1º Grau, nos seguintes termos:

"Na aplicação da pena pela acusação do tráfico, levando em consideração as condições do artigo 59 do Código Penal c.c. artigo 42, da Lei 11343/06, como o réu não fez prova de subsistência por meio honesto, nem de residência fixa, bem como diante da expressiva quantidade de droga e variedade, e outro processo com condenação provisória é aplicável a pena base 1/2 acima do mínimo legal, o que equivale a (7) sete anos e (06) seis meses de reclusão e pagamento de (750) setecentos e cinquenta dias multa.

Apesar da redução do § 4º, do artigo 33 ter sido considerada pelo legislador benefício e não obrigação de todo cidadão, como assim estabeleceu a lei, e não havendo por ora indícios concretos de envolvimento do acusado com organização criminosa, reduzo a pena em dois terços, o que corresponde a **(02) dois anos e (06) seis meses de reclusão e pagamento de (250) duzentos e cinquenta dias multa, pena que se torna definitiva já que não há outras causas a serem apreciadas.**

Nos termos dos artigos 49 e 60 do Código Penal, levando em conta a condição econômica declarada pelo réu, fixo o dia multa no seu valor mínimo legal.

O regime é o inicial fechado para cumprimento de pena, em função do que dispõe a Lei 11.464/07, de 28/03/07, a qual deu nova redação ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 8.072/90. Isto porque as consequências negativas tanto para o usuário de drogas como para a sociedade, exigem regime mais rigoroso de modo a impedir que a conduta se repita. Além do mais, é ato que fomenta o crime organizado. Essa a razão do crime ser equiparado ao hediondo e inafiançável,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive pela recente Lei 12403/11.

Pelo tipo de crime praticado, quantidade de pena e regime fixados, em observância à saúde pública, atribuição de conduta ilícita para os policiais, bem como considerando que não há prova efetiva de vínculos que o mantenham radicado na Comarca, não é cabível a liberdade nesta fase, segundo o artigo 312, c.c. artigo 387, § único, do Código de Processo Penal. Recomende-se na prisão em que se encontra" (fls. 11/12e).

A Corte de origem, ao apreciar os apelos, assim se pronunciou:

"As penas-base, ao contrário do afirmado pelo Ministério Público, foram estabelecidas ½ acima dos patamares mínimos. Ocorre que, a meu ver, falta de comprovação de meio honesto de subsistência e de residência fixa não podem servir para exasperar as penas, pois desta forma acusados seriam apenados mais duramente somente por conta de sua situação econômica, o que é inadmissível. O processo mencionado pela digna Magistrada sentenciante também não pode aumentar as penas, por se tratar de condenação sem trânsito em julgado. E a quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos, apesar de considerável, não justifica a exasperação da reprimenda nesta fase. As penas-base, portanto, ficam estabelecidas nos patamares mínimos.

Em seguida, o acusado foi beneficiado com a redução máxima da reprimenda, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Neste ponto, porém, entendo que o apelo ministerial comporta provimento a fim de que seja afastado o redutor, em razão da natureza, variedade e grande quantidade de entorpecentes apreendidos.

Observo que há, quanto a tal redução, discricionariedade conferida pela lei ao Juiz, não se tratando de direito subjetivo dos réus.

E o magistrado, na fixação da reprimenda, deve levar em consideração o disposto no artigo 42 do citado Diploma legal. **Sendo assim, as penas restam fixadas em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa.**

Inviável a substituição da carcerária por restritivas de direitos por ausência de requisitos objetivos e subjetivos (artigo 44, I e III, do CP). O crime praticado é de extrema gravidade e afeta a sociedade como um todo, vitimando um número de pessoas cada vez maior, desestruturando famílias e incentivando a prática de outros delitos graves. E, no caso específico, o acusado transportava e mantinha em depósito grande quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas variadas, o que demonstra ousadia e a necessidade de tratamento mais rigoroso.

Pelas mesmas razões, **fica mantido o regime prisional inicial fechado, havendo, ademais, expressa determinação legal a respeito (artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07). Impossível, portanto, a fixação de regime menos gravoso.**

Observo que a imposição obrigatória de regime inicial fechado, no meu entendimento, não padece de qualquer inconstitucionalidade. O fato de o legislador ter dispensado tratamento mais rigoroso a crimes de maior gravidade atende aos princípios da isonomia e proporcionalidade, pois as penas devem ser suficientes para a prevenção e repressão do delito praticado. Dispensar-se o mesmo tratamento a criminosos de menor ou maior periculosidade, indiscriminadamente, é que seria uma afronta ao princípio da individualização das penas.

Por tais motivos, meu voto dá provimento parcial ao apelo defensivo apenas para reduzir as penas-base, e dá provimento parcial ao recurso ministerial para afastar a redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ficando as penas estabelecidas em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa" (fls. 24/26e)

Depreende-se, assim, que a fixação do regime inicial fechado foi fundamentada, exclusivamente, na disposição do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007.

A questão concernente ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, em crime de tráfico de entorpecentes, foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 11.1840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada, assim, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672 do STF.

Esse entendimento passou a ser adotado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ: HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012 e HC 245.849/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 24/09/2012.

Nesse contexto, afastada a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado, em face da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redação da Lei 11.464/2007, deve o julgador, quando da aplicação das penas, observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena reclusiva.

No caso, quanto ao regime prisional, não houve fundamentação válida, para a imposição do regime inicial fechado, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, limitando-se o Tribunal de 2.º Grau a fundamentar-se na gravidade abstrata do delito, decorrente da disposição do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF.

Ao paciente, primário (fls. 24/25e), foi fixada – pelo acórdão impugnado – pena-base no mínimo legal, já que todas as circunstâncias judiciais foram-lhe consideradas favoráveis, restando a pena definitivamente fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, à míngua de outras causas modificativas.

A teor do disposto na Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Em igual sentido dispõem as Súmulas 718 e 719, ambas do STF:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

"A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Na espécie, constata-se, assim, da leitura da sentença – e do acórdão que a confirmou –, que o regime inicial fechado foi estabelecido com base, unicamente, na gravidade abstrata do delito, em virtude da previsão legal do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF.

Ante o exposto, não conheço do presente Habeas corpus, substitutivo de Recurso Especial. Concedo, todavia, de ofício, a ordem, nos termos do art. 557, § 1.º-A, do CPC c/c arts. 3.º e 654, § 2º, do CPP, para reformar a sentença e o acórdão impugnado, fixando o regime inicial semiaberto, para o cumprimento da pena privativa de liberdade" (fls. 148/152e).

Com efeito, a decisão agravada deve ser reformada, eis que não se coaduna,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em parte, com a jurisprudência da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

As instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

Em situações análogas, a 6ª Turma do STJ tem concedido a ordem, de ofício, para que, afastada a determinação do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007 – quando impõe o regime inicial fechado, disposição declarada inconstitucional pelo STF –, o Juízo das Execuções reavalie a matéria, relativa ao regime prisional inicial, como, aliás, foi determinado na decisão que deferiu a liminar.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. **REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA EM RAZÃO DA VEDAÇÃO LEGAL. **ILEGALIDADE MANIFESTA.** OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. **POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.** NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.
3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida - 793 g de cocaína e 180,7 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), o quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada quanto imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena corporal por restritiva de direitos. 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (STJ, HC 237.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2012).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. **CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. SURSIS. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFRONTA AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/2 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, em especial a natureza da substância entorpecente apreendida em poder da paciente - cocaína -, cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. Inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto, não obstante a paciente tenha sido definitivamente condenada à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que lhe foi negada a substituição com base na ausência de preenchimento do requisito subjetivo, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal.

6. Mostra-se inviável a concessão de sursis à paciente, tendo em vista que, além de ter sido definitivamente condenada à pena superior a 2 anos de reclusão, a parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 veda o deferimento de tal benefício.

7. A via estreita do habeas corpus é inadequada para a discussão relativa ao direito, ou não, à isenção do pagamento das custas processuais, dada a inexistência de afronta ao direito de locomoção da paciente. Inteligência da Súmula 395/STF.

8. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem concedida em parte, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente mais gravoso, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar a eventual possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado à paciente, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal" (STJ, HC 143.610/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 24/09/2012).

Consoante as informações obtidas no sítio eletrônico do Tribunal **a quo**, a condenação já transitou em julgado.

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo Regimental, para reformar a decisão agravada e, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que o Juízo das Execuções reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0218425-1

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 257178 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 255012020118260050 5011255011

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO MANOEL ILARIO SOARES

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 : PEDRO MANOEL ILARIO SOARES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.