



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 310.552 - SP (2014/0317095-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CARLOS ALBERTO DA SILVA JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : HOMERO SILLES

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, IMPEDITIVAS DE CONCESSÃO DA ORDEM PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO NA HIPÓTESE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, PRIMARIEDADE E **QUANTUM** DE PENA ESTABELECIDO EM 8 (OITO) ANOS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na **hipótese**, mormente a existência de menção aos maus antecedentes, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, razão pela qual tem-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Isso porque, da análise da r. sentença condenatória, não se pode concluir, inequivocamente, que os maus antecedentes decorreram da existência de condenação anterior com trânsito em julgado.

II - Dessarte, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o paciente e o **quantum** de pena estabelecido em 08 (oito) anos, não há razão para que não se conceda ao paciente o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 30 de junho de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 310.552 - SP (2014/0317095-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão proferida por esta relatoria às fls. 112-117, que não conheceu do **habeas corpus**, todavia concedeu a ordem de ofício.

Na hipótese, o réu foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, e artigo 35, **caput**, ambos da Lei n. 11.343/06.

O eg. Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a r. sentença condenatória.

No presente **writ** substitutivo, alegou o impetrante que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal *"em razão da fixação do regime inicial fechado realizado pelo juízo de conhecimento com base no caráter hediondo do crime, extraído da Lei n.º 8.072/90"* (fl. 3), e requereu a concessão da ordem a fim de conceder o regime inicial semiaberto ao paciente, sendo a ordem concedida de ofício.

Daí o presente agravo regimental, no qual esclarece o Ministério Público Federal, ora agravante, que *"ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, houve referência aos maus antecedentes do paciente, não somente na primeira fase, mas também na terceira etapa da dosimetria, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos"* (fl. 129).

Alega, neste sentido, que *"no caso de pena superior a quatro anos e que não excede a oito, poderá o agente iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto somente se não for reincidente e as circunstâncias previstas no art. 59, do Código Penal, forem favoráveis, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal"* (fl. 131).

Por fim, afirma que *"na hipótese de se entender que, mesmo diante destas relevantes razões, não haveria como ser mantido o regime inicial fechado considerada a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação utilizada pelo Juízo de primeira instância, tem-se que a solução adequada ao caso seria a concessão da ordem de ofício somente para afastar a obrigatoriedade do regime inicial mais gravoso e determinar ao Juízo de primeira instância que decida, fundamentadamente, acerca do regime prisional adequado ao réu, mesmo que este tenha sido beneficiado com a fixação da pena-base no mínimo legal" (fl. 131).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada, ou o provimento do presente agravo regimental.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à col. **Quinta Turma.**

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 310.552 - SP (2014/0317095-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, IMPEDITIVAS DE CONCESSÃO DA ORDEM PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO NA HIPÓTESE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, PRIMARIEDADE E **QUANTUM** DE PENA ESTABELECIDO EM 8 (OITO) ANOS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na **hipótese**, mormente a existência de menção aos maus antecedentes, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, razão pela qual tem-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Isso porque, da análise da r. sentença condenatória, não se pode concluir, inequivocamente, que os maus antecedentes decorreram da existência de condenação anterior com trânsito em julgado.

II - Dessarte, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o paciente e o **quantum** de pena estabelecido em 08 (oito) anos, não há razão para que não se conceda ao paciente o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O presente agravo regimental não merece prosperar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isto porque o agravante não trouxe qualquer argumento capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, a qual mantenho por seus próprios fundamentos, transcritos a seguir:

*"A Primeira Turma do col. **Pretório Excelso** firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).*

*As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).*

*Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.*

*Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.*

*No presente **writ**, aduz o impetrante que estaria sofrendo constrangimento ilegal, haja vista a fixação de regime fechado com base unicamente na natureza hedionda do delito.*

A ordem merece ser concedida de ofício.

*Para delimitar a **quaestio**, transcrevo o seguinte excerto da r. sentença condenatória:*

"[...] Passo, pois, a dosar as penas dos réus CARLOS ALBERTO DA SILVA JUNIOR e DOUGLAS SOUZA MODESTO pelos ilícitos nos quais a final se viram condenados. Não há que se cogitar da aplicação ao caso em exame, da causa de redução de pena estipulada no Parágrafo Quarto do artigo 33 da Lei, já que ambos registram maus antecedentes criminais em seus nomes, e ainda se viram condenados também pelo grave delito de associação criminosa para o tráfico conjuntamente.

Os réus ostentam maus antecedentes criminais em seus nomes, pelo que fixo a pena-base para cada qual no tocante ao crime capitulado no artigo 33, 'caput' da Lei em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, corrigidos monetariamente conforme critério de atualização monetária estabelecido em Lei.

No que diz respeito ao crime capitulado no artigo 35, 'caput', fixo a pena-base de cada qual deles, que converto em definitiva, em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, calculando-se o dia-multa no mínimo legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecido em Lei.

Dado o concurso material de infrações (artigo 69, 'caput' do Código Penal), fixo a pena definitiva de cada réu por ambos os crimes, em 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 1.200 (hum mil e duzentos) dias-multa, corrigidos monetariamente conforme critério de atualização monetária determinado em Lei.

Pelo exposto e do mais que consta dos autos, julgo procedente a ação penal, e condeno os réus CARLOS ALBERTO DA SILVA JUNIOR e DOUGLAS SOUZA MODESTO, cada qual 'per si', a pena definitiva de 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 1.200 (hum mil e duzentos) dias-multa, por haverem violado o disposto nos artigos 33, 'caput' e artigo 35, 'caput', ambos da Lei 11.343/06, ambos c.c. artigo 69, 'caput', do Estatuto Penal em vigor.

Dada a extrema gravidade dos crimes nos quais os sentenciados incorreram, tido pela atual Lei como hediondo, indefiro-lhes o direito de recorrerem em liberdade desta decisão, e determino iniciem o cumprimento de pena no regime fechado, recomendando-se ambos na prisão aonde se encontram" (fls. 18-20).

O v. acórdão reprochado, por sua vez, assim estabeleceu:

"[...] Os regimes prisionais também foram corretamente impostos na r. sentença, devendo ser mantidos.

O delito de tráfico, como se sabe, equipara-se aos hediondos, aplicando-se, daí, disposição legal expressa: a Lei nº 11. 464/07, que não é, no meu entender, inconstitucional, posto que regulamenta adequadamente a Carta Maior (CF, art. 5º, XLIII) ao prever uma punição mais rigorosa e exemplar aos autores de crimes hediondos ou a eles equiparados. A norma não impede a individualização da pena nem veda a progressão de regime, só trata com mais rigor os autores desses crimes, o que, aliás, é um anseio legítimo da sociedade ordeira" (fls. 36-37).

Verifica-se que o regime fechado foi fixado em razão da hediondez do delito. No entanto, insta consignar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. O entendimento do eg. Supremo Tribunal, portanto, perfilhado por esta eg. Corte, é no sentido de não mais ser possível a fixação do regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo tido por inconstitucional.

Forçoso concluir, pois, que a fixação do regime deve observar os preceitos constantes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, consoante demonstram os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

3. Mesmo para os crimes hediondos ou os 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 a repressão do delito perpetrado.

4. **Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para 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 art. 33 e parágrafos do Código Penal.**

5. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, 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 do mesmo diploma normativo, 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.

6. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Como a condenação dos pacientes já transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções avaliar a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz dos preconizados arts. 33 e 44 do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de acordo com o art. 44 do CP" (HC 282.232/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 15/5/2015, grifei).

"[...]

REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. NECESSÁRIA ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL PELO JUÍZO COMPETENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO E À SUA EQUIVALÊNCIA AO CRIME HEDIONDO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Afastado o fundamento em que as instâncias ordinárias se embasaram para negar a permuta mostra-se necessária a análise dos termos insculpidos no art. 44 do Código Penal, que deverá ser feita pelo Juízo competente.

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de determinar que o Juízo competente analise os requisitos previstos nos artigos 33 e 44 do Código Penal para a fixação do regime inicial e para a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, respectivamente" (HC 317.402/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 14/5/2015, grifei).*

***Dessarte**, muito embora haja menção, na hipótese, da existência de maus-antecedentes (fl. 18), verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**. As circunstâncias judiciais, portanto, foram consideradas favoráveis, o que permite a conclusão de que faz jus o paciente ao regime semiaberto para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.*

*Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.*

***Todavia, concedo a ordem de ofício** para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.*

P. e I" (fls. 112-117).

Portanto, **na hipótese**, não se pode olvidar que, muito embora haja menção acerca da existência de maus antecedentes, não se pode concluir, inequivocamente, se tais antecedentes teriam decorrido da existência de condenação anterior com trânsito em julgado, com consequente fixação da pena-base no mínimo por mera ocorrência de erro material.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim sendo, tem-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, fato que, somado à primariedade do paciente e ao **quantum** de pena estabelecido, permite a conclusão de que faz jus o paciente ao regime prisional semiaberto para início de cumprimento da reprimenda, não havendo se falar em manutenção do regime prisional mais gravoso.

Ante o exposto, mantenho a decisão monocrática por seus próprios fundamentos, e **nego provimento ao presente agravo regimental**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0317095-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 310.552 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00458666120128260050 1045208 20130000689170 458666120128260050 9812012

EM MESA

JULGADO: 30/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HOMERO SILLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DA SILVA JUNIOR (PRESO)
CORRÉU : DOUGLAS SOUZA MODESTO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CARLOS ALBERTO DA SILVA JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : HOMERO SILLES

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, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.