



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.176 - DF (2014/0325035-7)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO
ADVOGADO : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FABRICIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 3,10 GRAMAS DE CRACK. PENA FIXADA EM 6 (SEIS) ANOS E 5 (CINCO) MESES DE RECLUSÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO (CP, ART. 33, § 3º, C/C LEI N. 11.343/2006, ART. 42). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "*de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de "*ilegalidade ou abuso de poder*" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido regime semiaberto para o seu cumprimento inicial desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a variedade, a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

03. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.176 - DF (2014/0325035-7)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO
ADVOGADO : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FABRICIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

FABRICIO DE OLIVEIRA BATISTA foi condenado, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão a seguir parcialmente reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios deu parcial provimento à apelação do réu:

"Se restou demonstrado, por meio do robusto conjunto fático- probatório, que os réus, efetivamente, incorreram na prática do tipo penal previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, impossível a absolvição por insuficiência de provas.

Embora se verifique nos autos que os réus são usuários de 'cocaína' e 'maconha'; a natureza da droga (crack) e a quantidade apreendida, bem assim as circunstâncias do flagrante, afastam o pleito de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da LAD.

A natureza e a quantidade da droga apreendida, nos termos do art. 42 da lei 11.343/2006 devem ser sopesadas na fixação da expiação e, sendo relevantes, justificam o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal previsto para a espécie.

Se entre o novo fato-crime e a data em que se declarou extinta a pena privativa de liberdade pelo término do período probatório do livramento condicional, referente ao processo em que se apoiou o magistrado para reconhecer a reincidência do acusado, ultrapassou-se o lapso de 5 (cinco) anos, afasta-se a referida agravante, com base no artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Demonstrado que um dos acusados possui antecedentes penais, não há que se falar em concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da LAD, por expressa disposição legal.

Verificando-se que o corréu é tecnicamente primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, e não havendo comprovação de que se dedique a práticas criminosas nem integre organização criminosa, deve-se manter a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

O Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que fixava a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados. Caberá ao julgador, na análise do caso concreto, aferir as circunstâncias e condições do acusado para a fixação do regime adequado, pautando-se em elementos concretos e individualizados.

Veda-se a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando verificado que a culpabilidade do agente, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos não indicam que a referida benesse seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Se há descompasso entre a pena corporal e a sanção pecuniária, cumpre ao tribunal promover o devido ajuste, a fim de guardar proporcionalidade entre as admoestações.

Se os acusados responderam à instrução presos preventivamente, e subsistindo os fundamentos da segregação cautelar após sentença penal condenatória, não há que se cogitar de apelo em liberdade, sob pena de se agastar a ordem pública" (fls. 29/30).

Inconformados com o acórdão, Abner Luiz Soares e outros impetraram o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** quanto à fixação do regime inicial para cumprimento de pena, a sentença carece de fundamentação idônea; **b)** o paciente é primário e possui bons antecedentes; **c)** a pena fixada é inferior a 8 anos e, "nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'b' do Código Penal, poderá cumprir sua sanção em regime semiaberto"; **d)** é possível o estabelecimento de regime diverso do fechado em condenações por tráfico de drogas (fls. 01/08).

Ao final, requereu a concessão da ordem de *habeas corpus*, para que seja "autorizado o cumprimento em regime semiaberto da reprimenda imposta ao paciente" (fl. 08).

A liminar foi indeferida (fls. 63/68).

Prestadas as informações (fls. 74/144), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 150/161).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.176 - DF (2014/0325035-7)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO
ADVOGADO : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FABRICIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Reafirmo os fundamentos dos votos insertos nos acórdãos cujas ementas são parcialmente reproduzidas:

“[...]”

02. Para o Supremo Tribunal Federal, ‘se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime hediondo ou equiparado' (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Bríte) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

[...]" (HC 313.826/PR, Quinta Turma, julgado em 18/06/2015).

"No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser igual ou inferior a 8 (oito) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime semiaberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015)" (HC 317.961/SP, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015).

Ao réu foi aplicada pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão. Em seu poder, foram apreendidos **3,10 gramas de crack** (fls. 09/27) - além da porção que foi comercializada, e da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (o réu possui condenação transitada em julgado por outro delito).

Nesse contexto, tenho que deve ser mantido o regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena.

Não há no ato judicial impugnado *"ilegalidade ou abuso de poder"* (CR, art. 5º, inc. LXVIII) a ser sanado.

Transcrevo ementas de acórdãos desta Corte versando sobre casos similares e que respaldam essa solução:

"1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na hipótese, a Corte de origem fundamentou concretamente a necessidade do modo fechado, em razão dos maus antecedentes do paciente, não havendo falar em ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior" (HC 301.891/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

"Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base em dados concretos dos autos, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a existência de condenação anterior pelo delito de tráfico de drogas, reconhecida a título de maus antecedentes, não há constrangimento ilegal a ser sanado" (HC 292.810/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/11/2014).

03. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0325035-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.176 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024660720148070001 20140110101955 24660720148070001

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO
ADVOGADO : ABNER LUIZ SOARES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FABRICIO DE OLIVEIRA BATISTA (PRESO)

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.