



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.701 - SP (2015/0024920-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (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 16 PEDRAS DE CRACK. PENA FIXADA EM 3 (TRÊS) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º) QUE NÃO PODE SER CONHECIDO PORQUANTO IMPORTARIA NO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

À luz dessas premissas, declarou integralmente inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli) e, parcialmente, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito). Destarte, 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).

03. Em *habeas corpus*, não pode ser conhecida pretensão consistente no reconhecimento da causa especial de redução da pena, ou do *quantum* (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º), se o seu exame depender exclusivamente do revolvimento do conjunto fático-probatório (HC 292.121/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015; AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/03/2015).

04. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 4 (quatro) anos, poderá ser estabelecido regime aberto para o seu cumprimento inicial, bem como a sua substituição por restritiva de direitos, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas 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; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

05. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para, confirmando a decisão concessiva da tutela de urgência, estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. 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 315.701 - SP (2015/0024920-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA foi condenado à pena total de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso da defesa (fls. 16/34).

Inconformada com o acórdão, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, *habeas corpus* em favor do apenado, sustentando, em síntese, que: **a)** *"não se justifica a incidência da minorante em patamar inferior ao máximo, pois a quantidade de droga apreendida (2,32g de crack) é insuficiente para demonstrar que o paciente faça do tráfico o seu meio de vida"; b)* *"o digno juízo singular, ao proferir sentença condenatória, entendeu que o paciente deveria iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime inicial fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.467/07. Entretanto, a imposição legal é inconstitucional e deve ser superada"* (fls. 01/10).

Ao final, requereu a concessão da ordem, liminarmente, para: *"(a) aplicar a causa de diminuição em patamar máximo; (b) garantir ao paciente o direito de iniciar o cumprimento das penas em regime aberto ou, ao menos, semiaberto, bem como (c) à substituição da reprimenda corporal pela restritiva de direitos"* (fl. 09).

A liminar foi deferida para *"permitir que o paciente, se por outro motivo não estiver cumprindo outra pena em regime mais gravoso, aguarde, no regime semiaberto"* (fls. 50/53).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 56/63), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão do *habeas corpus* "*apenas para conceder o regime prisional inicial semiaberto*" (fls. 141/144).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.701 - SP (2015/0024920-0)

RELATOR : **MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (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 perquirir a 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:

"Em sede de habeas corpus, não pode ser conhecido pleito consistente no reconhecimento da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 se o seu exame depender exclusivamente do revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado (HC 292.121/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015; AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/03/2015)" (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

321.860/SP, Quinta Turma, julgado em 18/06/2015).

"[...]

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 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 Brito) 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 inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto. 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 310.123/SP, Quinta Turma, julgado em 02/06/2015).

Esses precedentes se aplicam ao caso em exame.

Está inscrito na sentença e no acórdão, respectivamente:

"Diminuo a pena em 1/3 (um terço), considerando a gravidade do delito e os efeitos provocados na sociedade, bem como a natureza altamente nociva do entorpecente apreendido" (fl. 14).

"Quanto à pretendida aplicação da redução máxima prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, da mesma forma, não merece guarida.

Embora Raimundo seja primário e não registre antecedentes, a natureza do entorpecente (cocaína, na forma de crack), o modo como estavam acondicionadas e as circunstâncias da apreensão e prisão, demonstram o comportamento do réu voltado ao delito. Assim não é recomendável a redução máxima prevista no dispositivo legal, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que 'penas poderão ser reduzidas'.

Portanto, fica ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, observo que recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 97.256, redundou na edição da Resolução nº 05/2012, do Senado Federal, suspendendo a proibição que constava do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 para aplicação da benesse, deixando a matéria ao prudente arbítrio do juiz, que analisará, no caso concreto, sua adequação como medida necessária e suficiente à prevenção e reprovação do delito.

Na presente hipótese, observo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, tendo em vista as circunstâncias do crime, a natureza, além da quantidade expressiva das drogas apreendidas, bem como o comportamento e a personalidade de Raimundo, que se revelaram voltados ao delito, dedicando-se ao tráfico de entorpecentes.

Por fim, também não merece guarida o pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. Adequado o regime inicial fechado nos termos da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Lembro que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado" (fls. 27/28 e 32/33).

A toda evidência, o exame da pretensão relativa à redução da pena implica no revolvimento do conjunto fático-probatório.

Contudo, impõe-se o acolhimento, parcial, daquela relacionada com o regime prisional.

Ao réu foi aplicada pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Em seu poder, foram apreendidas **16 pedras de crack, contendo aproximadamente 2,32 gramas** (fl. 20).

Nesse contexto, tenho que se encontram presentes os pressupostos legais que lhe conferem direito ao cumprimento inicial da pena em regime semiaberto, sendo, pelo mesmo motivo, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"1. A fixação do regime prisional nos crimes de tráfico de drogas deve pautar-se nos termos do art. 33 do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, tendo em vista o reconhecimento, pela Suprema Corte, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2006.

2. Na espécie, não obstante a pena reclusiva ter sido consolidada em patamar inferior a 4 (quatro) anos, não se mostra possível a aplicação do regime aberto, diante da mecânica delitiva e da quantidade e qualidade da droga apreendida: 5,7g (cinco gramas e setenta centigramas) de crack, entorpecente este altamente danoso ao usuário e à sociedade, dada a alta toxicidade e dependência provocadas, a exigir maior rigor na repressão - regime semiaberto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1.396.214/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013).

"1. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime diverso do fechado, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz 'na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

4. Condenado o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, por tráfico de 12 pinos plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 9,5 g; 4 porções de maconha prensada, com peso líquido de 6,4 g; e 2 cigarros de maconha, com peso líquido de 0,8 g, nas proximidades de 2 estabelecimentos de ensino, não se mostra razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tampouco o regime aberto.

5. Ordem concedida, em parte, ratificada a liminar, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva" (HC 209.237/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/02/2012).

03. À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. De ofício, e confirmando a decisão concessiva da tutela de urgência, concedo-o para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0024920-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 315.701 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00126909620138260037 126909620138260037 20140000398160 9362013

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAIMUNDO APARECIDO DA SILVA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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.