



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.915 - SP (2015/0027254-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS PEDROSO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS PEDROSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO MACEDO FAILLACE

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 290 INVÓLUCROS DE COCAÍNA E 54 PEDRAS DE CRACK, COM PESO LÍQUIDO DE 110 GRAMAS, E 23 PORÇÕES DE MACONHA, COM PESO LÍQUIDO DE 59,3 GRAMAS. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º) QUE NÃO PODE SER CONHECIDO PORQUANTO IMPORTARIA NO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO (CP, ART. 33, § 3º, C/C LEI N. 11.343/2006, ART. 42). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DO *QUANTUM* DA PENA APLICADA (CP, ART. 44). *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. Em *habeas corpus*, não pode ser conhecida pretensão consistente no reconhecimento da causa especial de redução da pena, ou o *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).

03. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

04. *Habeas corpus* não conhecido.

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. 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), 20 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.915 - SP (2015/0027254-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS PEDROSO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS PEDROSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO MACEDO FAILLACE

RELATÓRIO

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

RODRIGO MACEDO FAILLACE foi denunciado por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Veio a ser absolvido pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos com fundamento no inc. VII do art. 386 do Código de Processo Penal (fls. 99/105).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público para condenar o réu à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 169/181).

Não se conformando com o acórdão, o seu defensor impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** se encontram presentes os pressupostos que autorizam a redução da pena em seu grau máximo (2/3); **b)** há contradição entre a fixação da pena-base e a do regime prisional, pois as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi mantida em seu mínimo legal; **c)** "*a jurisprudência mais recente do Pretório Excelso e do Colendo STJ deixa clara a possibilidade de fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos aos delitos da nova lei de tóxicos - Lei n. 11.343/06*" (fls. 01/14).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que "*seja aplicado o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, bem como fixado o regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos*" (fl. 14).

A liminar foi indeferida (fls. 205/208).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 215/239), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 244/245).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.915 - SP (2015/0027254-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS PEDROSO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS PEDROSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO MACEDO FAILLACE

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

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 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).

Esses precedentes se aplicam ao caso em exame.

Está inscrito no acórdão:

"A natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento do entorpecente – 290 Invólucros de cocaína e 54 Invólucros de crack, com peso líquido de 110 g, e 23 invólucros de maconha, com peso líquido de 59,3 g –, aliadas aos depoimentos dos policiais militares e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, não deixam dúvidas quanto à traficância.

Assim, respeitada a convicção do digno Magistrado, a prova coligida, segura e coerente, não deixa dúvida de que o réu estava exercendo o tráfico de drogas no local.

4. Passa-se à fixação da reprimenda.

Na primeira fase, fixo a pena-base no mínimo legal - 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso legal já que a quantidade da droga será considerada na terceira etapa.

Em segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes, a pena não sofrerá alteração.

Na derradeira etapa, o apelado não faz jus ao redutor previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, dada a expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida em seu poder, visto que esta, de si, basta à consideração de que ele se dedicava intensamente à atividade criminosa.

[...]

Torna-se definitiva, pois, a pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso legal.

Anota-se, por fim, que o regime fechado é o único possível em face do caráter hediondo do crime perpetrado, a teor do que estabelece o artigo 2º, § 1º, da Lei 8072/90.

De qualquer forma, as graves circunstâncias do fato já enfatizadas - notadamente a dedicação à atividade criminosa e o tráfico de droga altamente pernicioso (cocaína e crack), praticado em plena luz do dia - determinam a opção pelo regime mais gravoso.

O montante da pena não autoriza a substituição por restritivas de direitos" (fls. 179/181 - os destaques não constam do original).

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

Impõe-se também a rejeição daquela relacionada com o regime prisional.

Ao réu foi aplicada pena de 5 (cinco) anos de reclusão. Em seu poder foram apreendidos **290 invólucros de cocaína e 54 pedras de crack (com peso líquido 110 gramas) e 23 porções de maconha (com peso líquido de 59,3 gramas).**

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

"Sedimentou-se na jurisprudência dessa Corte Superior de Justiça o entendimento de que é legítima a utilização da quantidade e da variedade de droga (20 invólucros de maconha e 3 eppendorfs de cocaína) para imposição do regime inicial mais gravoso que o cabível em razão da pena aplicada, restando adequada a fixação do regime inicial fechado" (HC 307.587/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

"Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado com base em elementos concretos dos autos, a saber, a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de crack e 60,32 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado" (HC 302.792/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014).

03. Mantida a pena aplicada, que é superior a 4 (quatro) anos, resta prejudicado o exame do pedido pertinente à substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritiva de direitos (CP, art. 44, I).

04. Não havendo no ato judicial impugnado “*ilegalidade ou abuso de poder*” (CR, art. 5º, inc. LXVIII) a ser sanado, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0027254-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 315.915 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13542013 20140000587814 20140000806891 30182940820138260224

EM MESA

JULGADO: 20/08/2015

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. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ CARLOS PEDROSO

ADVOGADO : LUIZ CARLOS PEDROSO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RODRIGO MACEDO FAILLACE

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.