



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.038 - SP (2015/0093284-3)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUE ROBERTO DE FRANCA PEREIRA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 37 INVÓLUCROS DE COCAÍNA, 36 PORÇÕES DE MACONHA E 27 PEDRAS DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO. 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. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, 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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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 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; 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).

04. *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 322.038 - SP (2015/0093284-3)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : KAUE ROBERTO DE FRANCA PEREIRA

RELATÓRIO

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

KAUE ROBERTO DE FRANCA PEREIRA foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inc. III, da Lei n. 11.343/2006.

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação interposta pela Defensoria Pública dessa unidade federativa:

"Apelação. Tráfico de drogas. Pretensão de redução da reprimenda aplicada. Impossibilidade. Pena dosada com critério, sendo suficiente para coibir a infração praticada pelo apelante. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. Regime inicial fechado que, in casu, é o único que atende à finalidade da pena como resposta social e na medida da reprovabilidade da conduta do apelante. De fato, regime prisional menos rigoroso não seria suficiente para a correta reprovação e prevenção do delito praticado pelo réu. Recurso defensivo não provido" (fl. 25)

Não se conformando com o *decisum*, impetrou ela o *habeas corpus* em exame, sustentando, em síntese, que: **a)** "o regime inicial fechado foi fixado tão somente em razão da gravidade abstrata do delito"; **b)** "deve ser aplicado o regime inicial aberto, porque o paciente é primário, todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a sanção total não é superior a 4 anos"; **c)** considerando, "no caso em tela, os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, é de rigor a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos" (fls. 01/11).

A liminar foi deferida "para assegurar ao paciente o direito a aguardar o julgamento do mérito deste habeas corpus no regime semiaberto" (fls. 33/37).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 75/87), o Ministério Público Federal manifestou-se pela "*concessão parcial da ordem, apenas no que se refere à fixação de regime inicial menos gravoso*" (fls. 92/97).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.038 - SP (2015/0093284-3)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUE ROBERTO DE FRANCA PEREIRA

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. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, 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. 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 crime hediondo ou equiparado’ (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 no acórdão:

"Com efeito, as penas impostas ao réu foram devidamente individualizadas e justificadas, não comportando alteração. A básica foi fixada no mínimo legal, e, por este motivo, não é possível a aplicação das atenuantes da confissão espontânea e menoridade consoante orientação emanada da Súmula 231 do STJ. De fato, as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65 do Código Penal, ao contrário das causas de diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas. Daí por que, ao reconhecê-las, é vedado ao Juiz abrandar a reprimenda aquém do piso mínimo previsto pelo legislador.

Na fase derradeira, correto o aumento, na fração de 1/6 (um sexto), com base no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, que, como se sabe, tem caráter objetivo, bastando para sua incidência que o tráfico seja realizado nas proximidades dos locais ou estabelecimentos ali mencionados, o que, na espécie, restou comprovado, tanto pelo laudo de fls. 53/63, como pela prova oral produzida, haja vista que os policiais militares foram claros em mencionar que o local do tráfico ficava nas proximidades de uma escola, não havendo que se falar, assim, em afastamento desta causa de aumento.

Ainda, nesta etapa, foi aplicada a benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, motivo pelo qual a pena foi reduzida de 2/3 (dois terços), resultando, definitivamente, em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no mínimo legal.

Por outro lado, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ora, a despeito da atual orientação jurisprudencial acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade no crime de tráfico de drogas, na hipótese dos autos, as circunstâncias em que se deram os fatos indicam que a benesse em questão não seria suficiente à repreensão do delito praticado pelo réu. De fato, a apreensão de espécies distintas de entorpecentes, bem como a sua natureza, e, ainda, o local em que ocorreram os fatos conhecido como 'ponto de venda de drogas', fazem parte das circunstâncias do delito, e, no caso, são desfavoráveis ao acusado, deixando claro que não se fazem presentes os requisitos subjetivos previstos no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Correta também se mostra a fixação do regime prisional. Ora, em se tratando de crime equiparado a hediondo, o regime inicial fechado decorre de disposição legal expressa, e, além disso, na hipótese dos autos, diante das circunstâncias da apreensão, envolvendo vários tipos de droga, algumas, como o *crack*, p. ex., causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis, que podem levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso, o regime mais severo, em verdade, é o único que atende à finalidade da pena como resposta social e na medida da reprovabilidade da conduta do apelante. De fato, regime prisional menos rigoroso não seria suficiente para a correta reprovação e prevenção do delito praticado pelo réu" (fls. 27/30).

Ao réu foi aplicada pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão (pela primariedade e bons antecedentes). Em seu poder, foram apreendidos **37 invólucros de cocaína, 36 porções de maconha e 27 pedras de crack.**

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:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

17/12/2013).

"IV - Sedimentou-se na jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça o entendimento de que é legítima a utilização da quantidade e da variedade de droga para imposição do regime inicial mais gravoso que o cabível em razão da pena aplicada (precedentes).

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis, em razão da diversidade de drogas.

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VII - In casu, o eg. Tribunal a quo negou a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em razão da diversidade da droga. Dessa forma, os pacientes não fazem jus a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP" (HC 318.809/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/06/2015).

"3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a gravidade concreto do delito, evidenciada pela natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - maconha e crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006)" (HC 290.199/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014).

"A quantidade e a variedade de drogas apreendidas (56 g de maconha e 17 g de cocaína), por revelarem maior reprovabilidade da conduta e um certo grau de periculosidade do paciente, justificam a imposição do regime prisional intermediário de cumprimento da pena. Precedentes" (AgRg no HC 199.893/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2012).

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: 2015/0093284-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 322.038 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00865249320138260050 865249320138260050

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 : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUE ROBERTO DE FRANCA PEREIRA

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.