



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.397 - SP (2015/0098212-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA FERREIRA CAVALCANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AILTON RODRIGUES FERREIRA (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 47 PINOS DE COCAÍNA, 10 PAPELOTES DE MACONHA E 10 PEDRAS DE CRACK. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES 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 322.397 - SP (2015/0098212-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : MARIANA FERREIRA CAVALCANTE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : AILTON RODRIGUES FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

AILTON RODRIGUES FERREIRA foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/2006.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (fls. 33/38).

Não se conformando com o acórdão, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que *"nada obstante a quantidade de pena imposta, a primariedade do paciente e o fato de que o MM. Juízo de primeiro grau considerou todas as circunstâncias judiciais favoráveis, estabelecendo a pena-base no mínimo legal, foi fixado o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda, em função, exclusivamente, da regra contida no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90"* (fls. 01/19).

A liminar foi deferida *"para assegurar ao paciente o direito a aguardar o julgamento do mérito deste habeas corpus no regime semiaberto"* (fls. 46/49).

Prestadas as informações (fls. 96/119), o Ministério Público Federal manifestou-se pela *"concessão da ordem, para alterar o regime prisional do fechado para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cuja definição caberá ao MM. Juízo da Execução"* (fls. 125/131).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.397 - SP (2015/0098212-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : MARIANA FERREIRA CAVALCANTE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : AILTON RODRIGUES FERREIRA (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. 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 na sentença e no acórdão, respectivamente:

"Passo a dosar a pena.

Verificando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, vejo que o réu é primário, menor de vinte e um anos de idade, confessou a autoria delitiva e não possui outras condenações criminais, de maneira que fixo a pena base no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

O réu era menor de vinte e um anos de idade e confessou a prática delitiva. Contudo a pena base já fixada no mínimo legal, não pode mais ser diminuída em razão das atenuantes genéricas.

Na hipótese dos autos, a despeito da discordância apresentada pela ilustre representante do Ministério Público, forçoso se faz reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos.

E isso porque o acusado primário, sem qualquer antecedentes, é jovem, confessou a autoria delitiva, mostrou-se arrependido e não há um indício sequer a demonstrar que faça parte de alguma organização criminosa. Assim, considerando-se que foram apreendidos três tipos de drogas diferentes, a capacidade lesiva de uma das drogas em questão, tratando-se de crack, substância que vem causando estragos de enormes montas nos jovens da sociedade, reduzo a pena base em 1/2, perfazendo 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

[...]

O condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, pois a despeito da primariedade, o tráfico ilícito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes é crime tido como hediondo e o artigo 2º, § 1º, da Lei 8072/90 prevê expressamente que crimes dessa natureza terão suas penas cumpridas inicialmente em regime fechado" (fls. 27/28).

"Fixou-se o regime fechado para início de cumprimento de pena, não merecendo reparos, pois tratando de crime de tráfico, o regime inicial fechado é o único capaz de prover ressocialização do inculpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo. Ademais, a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8.072/90, permitiu a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados" (fl. 37).

Ao réu foi aplicada pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão (pela primariedade e bons antecedentes). Em seu poder, foram apreendidos **47 pinos de cocaína, 10 papелotes de maconha e 10 pedras de crack.**

Nesse contexto, em que pese o parecer do Ministério Público favorável ao regime aberto, tenho que se encontram presentes os pressupostos legais que lhe conferem direito ao cumprimento inicial da pena em regime semiaberto.

A variedade, a natureza e a quantidade da droga apreendidas não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, inc. III).

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

"A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Hipótese em que fica vedada a substituição em razão da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos - 27 pedras de crack, 7 petecas de cocaína e 6g de maconha" (AgRg no AREsp 562.832/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015).

"A jurisprudência deste Tribunal entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas" (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2015/0098212-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 322.397 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0048634232013826005 10512013 20150000013942 48634232013826005

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	: MARIANA FERREIRA CAVALCANTE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: AILTON RODRIGUES FERREIRA (PRESO)

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

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.