



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.386 - SP (2015/0108864-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN LOURENCO DA SILVA

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 APROXIMADAMENTE 1 (UM) QUILO DE MACONHA. 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, POIS INCOMPATÍVEL COM O REGIME PRISIONAL FECHADO (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 privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 323.386 - SP (2015/0108864-5)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEAN LOURENCO DA SILVA

RELATÓRIO

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

JEAN LOURENÇO DA SILVA foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e de 200 (duzentos) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 14/23).

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação da Defensoria Pública dessa unidade federativa e deu provimento parcial àquela do Ministério Público para *"aumentar as reprimendas do acusado Jean Lourenço da Silva para 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no piso, mantida no restante a r. sentença recorrida"*:

"TRÁFICO DE DROGAS - Absolução por insuficiência probatória - Impossibilidade - Réus que transportavam mais de 900 gramas de maconha, ocultados em tijolo no interior de estofamento de veículo - Uníssonos depoimentos testemunhais - Pena que comporta agravamento - Afastamento da causa especial de redução - Recurso defensivo desprovido - Recurso acusatório provido em parte" (fl. 27).

Não se conformando com o *decisum*, impetrou ela o *habeas corpus* em análise, sustentando que: **a)** *"considerando que se trata de réu primário, de bons antecedentes, que não integra organização criminosa e nem se dedica a atividades ilícitas, a concessão da ordem, para que se aplique a causa de diminuição em patamar máximo, é medida que se impõe"; b)* *"tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11343/06, bem como o preenchimento dos requisitos necessários à substituição da pena de prisão (artigo 44 CP), a ordem deverá ser concedida, para o fim de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"; c)* *"considerando que a Câmara julgadora não fez menção a elementos concretos válidos e tendo em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista ainda que o paciente é primário e de bons antecedentes, bem como que a pena que lhe foi aplicada é inferior a quatro anos, o regime mais adequado, in casu, é mesmo o aberto" (fls. 01/10).

Ao final, requereu a concessão da ordem para que seja *"aplicado o redutor do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11343/06, em grau máximo, bem como para que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para que seja alterado o regime de cumprimento de pena para o aberto"* (fl. 10).

A liminar foi indeferida (fls. 49/53).

Prestadas as informações (fls. 62/81), o Ministério Público Federal manifestou-se *"pelo não conhecimento do habeas corpus"* (fls. 86/89).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.386 - SP (2015/0108864-5)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEAN LOURENCO DA SILVA

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).

Está inscrito no acórdão:

"Assim, diante do robusto quadro amalhado, contando com a apreensão de grande quantidade de maconha e dinheiro trocado na posse dos acusados, mostra-se meramente retórica a pretensão absolutória proposta pela Defensoria Pública, de rigor a procedência da ação penal conforme adotado pela r. sentença recorrida.

As penas, por outro lado, comportam majoração.

Em primeira fase da dosimetria, correto o aumento na razão de 1/5 ante a quantidade de entorpecentes apreendidos na posse dos réus, aproximando-se de 01 kg de maconha, com fundamento no art. 59 do CP e art. 42 da Lei de Tóxicos. Maior aumento mostra-se desproporcional, atentando-se ainda à ausência de pluralidade de entorpecentes, notadamente crack e cocaína, de efeitos deletérios mais acentuados e que justificariam sanção mais severa.

Em segunda fase, reduziu-se a pena de JEAN em 1/6 por sua menoridade relativa, contando com 18 anos ao tempo dos fatos (fl. 29), enquanto que o réu DIEGO teve sua pena agravada de adicional 1/6 em razão dos péssimos antecedentes já referidos, configurando reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em terceira fase, impossível a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos em relação ao corréu JEAN, sequer na fração mínima, visto que a forma de acondicionamento da droga, em tijolo, sua ocultação no estofamento de veículo em comparsaria de agentes e ainda a apreensão de mais de R\$ 1.200,00 em espécie no porta-luvas do automóvel são elementos que demonstram sofisticação do tráfico e dedicação habitual dos réus ao comércio espúrio, não se confundindo com a figura do pequeno e eventual traficante, a quem a Lei reserva a causa especial de redução.

Assim, ficam as penas do réu JEAN aumentadas para 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, mantida a reprimenda imposta ao corréu DIEGO.

Por fim, correta a imposição da regência carcerária fechada, atentando-se à exacerbada gravidade da conduta perpetrada pelos agentes, ocultação de mais de 900 gramas de maconha no estofamento de veículo, quantidade capaz de fomentar o tráfico em média escala e contundir de forma severa a saúde pública e a segurança da coletividade, crime não aplacado pelo regime inicial semiaberto ou pela imposição de penas alternativas, salientando-se a expressa previsão contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90" (fls. 30/31).

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 foi apreendido aproximadamente **1 Kg de maconha**.

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

"A despeito da utilização, pelo Tribunal a quo, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, dispositivo declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 111.840/ES, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal por força da incidência do que disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06, uma vez que o paciente tinha em depósito 2,928 kg (dois quilos, novecentos e vinte e oito gramas) de maconha, estando justificada a imposição do regime inicial fechado" (HC 290.904/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014).

"2. A Corte de origem negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida - 992,6 gramas de maconha. Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, em razão da expressiva quantidade de droga que o paciente portava, não há constrangimento ilegal a ser sanado" (HC 297.872/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/11/2014).

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 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: 2015/0108864-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 323.386 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00533035620128260050 20150000115445 533035620128260050 9882012

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: VIVIAN MONSEF DE CASTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEAN LOURENCO DA SILVA
CORRÉU	: DIEGO DA SILVA BARBOSA

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.