



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.664 - SP (2015/0089457-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : OCTÁVIO GINEZ DE ALMEIDA BUENO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAS OLÍMPIO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). 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 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (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. Ordem concedida, de ofício, para: **a)** estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; **b)** substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução.

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), 18 de junho de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.664 - SP (2015/0089457-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : OCTÁVIO GINEZ DE ALMEIDA BUENO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JONATHAS OLÍMPIO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

JONATHAS OLÍMPIO DA SILVA foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Transcrevo, parcialmente, o dispositivo da sentença:

"A ação penal é parcialmente procedente. A materialidade delitiva restou confirmada. O material apreendido (cf. auto de fls. 17/20) foi submetido à prévia constatação (v. laudo de fls. 24) e a exame químico-toxicológico (fls. 59/64) sendo que o perito subscritor do laudo concluiu que se tratava mesmo de cocaína, dividida em 19 (dezenove) porções de cocaína, com peso líquido total de 4,37g (quatro gramas e trinta e sete centigramas) e 09 (nove) porções de cocaína, na forma de crack, com peso líquido total de 2,54g (dois gramas e cinquenta e quatro centigramas), o que revela a existência de tráfico e afasta a desclassificação para o delito de porte de entorpecente. Para reconhecimento do delito, desnecessária a comprovação da venda efetiva do entorpecente. A quantidade e a forma de acondicionamento em porções individuais são suficientes para conclusão de existência de crime de tráfico de entorpecente.

[...]

Os réus são primários, sem antecedentes desabonadores e não há comprovação, nos autos, de seus envolvimento em organizações criminosas ou, ainda, que se dediquem ao comércio espúrio, fazendo jus do benefício descrito no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11343/06. E, levando em consideração a quantidade de porções que portavam (vinte e oito porções de cocaína, com peso líquido inferior a oito gramas), reduzo a pena no máximo legal de 2/3. Passo à dosimetria da pena. Atendendo ao disposto no artigo 59 do Código Penal, em especial a primariedade e ausência de antecedentes desabonadores, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão. Na segunda fase a pena permanece inalterada, pois ausente agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, diminuo a pena privativa de liberdade em 2/3 (dois terços), por força da causa de diminuição de pena descrita no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, obtendo a pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, tornando-a definitiva nesse patamar, ausentes causas outras que autorizem sua diminuição. Adotando o mesmo critério, fixo a pena pecuniária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, incidente correção monetária. Outrossim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou mesmo a concessão de suspensão condicional da pena, pois tais benefícios apenas são possíveis quando se mostrarem suficientes, no caso concreto, à prevenção e reprovação do delito. Em se tratando de tráfico ilícito de drogas, a substituição da sanção corpórea por pena restritiva de direitos e a concessão de suspensão condicional da pena se mostram inadequadas, porquanto ineficazes na prevenção do delito e inócuas no que tange à reprovação de conduta absolutamente perniciosa à sociedade. Ademais, não olvidemos que o delito de tráfico ilícito de drogas é equiparado aos crimes hediondos, cuja pena deve ser cumprida no regime prisional inicial fechado, determinação esta que se mostra incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou com a concessão do *sursis*.

[...]

Os réus iniciarão o cumprimento de suas penas no regime fechado, por ser o tráfico de entorpecente crime praticado com violência social" (fls. 21/24).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação da Defensoria Pública dessa unidade federativa (fls. 62/78) .

Não se conformando com o acórdão, manejou ela, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** *"a respeitável sentença de fls. 129/136 concedera ao Paciente a pena-base no mínimo legal, não identificando, portanto, fatores relevantes para maior reprimenda"; b)* *"o regime prisional mais severo não deve prosperar, tendo em vista que o Paciente é primário, portador de ótimos antecedentes criminais, não sendo, portanto, um criminoso habitual"; c)* *"frente a todos os argumentos já empregados e especialmente diante da já declarada inconstitucionalidade do parágrafo § 1º do art. 2º da Lei 8072/90, presentes os requisitos autorizadores, como ocorre no caso em análise, deve ser conferido ao Paciente o regime ABERTO para o cumprimento inicial da pena, dando-se cumprimento à legislação penal vigente"* (fls. 01/12).

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 aberto** o julgamento do mérito deste habeas corpus"* (fls. 82/85).

Prestadas as informações (fls. 52/71), manifestou-se o Ministério Público Federal *"pela concessão da ordem"* (fls. 101/105).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.664 - SP (2015/0089457-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : OCTÁVIO GINEZ DE ALMEIDA BUENO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JONATHAS OLÍMPIO 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. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, 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 do voto inserto no acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 298.792/SC, sintetizados na ementa a seguir parcialmente reproduzida:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo ou equiparado'. 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. 118.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

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 e HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014)" (o destaque não consta do original).

A ementa é autoexplicativa. Nada lhe é necessário acrescentar.

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade da droga apreendida (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).

Com o réu, condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, **foram apreendidos 4,37g de cocaína e 2,4g de crack.**

Nesse contexto, tenho que se encontram presentes os pressupostos legais que conferem direito ao cumprimento inicial da pena em regime aberto.

Transcrevo ementas de acórdãos que, *mutatis mutandis*, respaldam essa solução:

"1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. Na hipótese, o Tribunal de origem, após fixar a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, determinou o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado, exclusivamente 'por se tratar de crime equiparado a hediondo', valendo-se da mesma fundamentação para vedar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em manifesto descompasso com as decisões pretorianas.

5. A primariedade, os bons antecedentes e o quantum da pena aplicada, aliados à quantidade e à natureza do entorpecente apreendida - 168,2g de haxixe -, recomendam o estabelecimento do regime aberto para o início da expiação, bem como a substituição pretendida.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções" (HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

"1. O prazo para interposição de agravo previsto no artigo 28 da Lei 8.038/90 é de 5 dias, não tendo sido alterado pela superveniência da Lei 8.950/94. Precedentes desta Corte e enunciado 699 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no ARE 639.846/SP, o STF confirmou o entendimento de que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.322/2010, o prazo para interposição do agravo em matéria penal permanece em cinco dias, mantendo o entendimento fixado no enunciado 699 da Súmula daquela Corte.

3. Não obstante a impossibilidade de conhecimento do recurso de agravo, constata-se a existência de ilegalidade patente no aresto de segundo grau, passível de correção pela via do habeas corpus a ser concedido de ofício.

4. Tendo em vista o quantum de pena fixado para o acusado, no importe de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, com a pena-base no mínimo legal, e a pequena quantidade do droga apreendida, não há empecilho à fixação do regime inicial para cumprimento de pena aberto, tampouco à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício" (AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De **ofício, concedo**, a ordem, ratificada a liminar, para estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, que substituo por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0089457-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 321.664 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00160855020138260602 160855020138260602 6042013

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: OCTÁVIO GINEZ DE ALMEIDA BUENO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JONATHAS OLÍMPIO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: ALEX SANDRO TELES PINTO

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.