



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.123 - SP (2014/0311904-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN PIERRI MARIANO 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 31,3 GRAMAS DE COCAÍNA E 24,7 GRAMAS DE MACONHA. 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). *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 perquirir a 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

03. 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).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, cassada a liminar anteriormente deferida, para 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), 02 de junho de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.123 - SP (2014/0311904-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEAN PIERRI MARIANO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

JEAN PIERRI MARIANO DA SILVA foi denunciado por tráfico de drogas (Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput*).

Em 13/06/2012, sobreveio a sentença, da qual traslado, parcialmente, o seu dispositivo:

"Passa-se à fixação da pena.

Fixo a pena no mínimo legal, tendo em vista a ausência de elementos que possam ser levados em consideração para a majoração da pena de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Presentes os elementos legais, reconheço a forma privilegiada e reduzo a pena de 2/3, perfazendo o total de 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Considerando a quantidade mediana de droga apreendida (servia para mais ou menos 70 porções a serem vendidas) e que a natureza da droga (cocaína) é de alto poder lesivo à saúde, todavia, não tanto quanto o *crack*, entendo cabível a fixação do regime aberto para início do cumprimento de pena, sendo inviável a aplicação da pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade" (fls. 33/36).

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir parcialmente reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação do Ministério Público e fixou o regime fechado para cumprimento inicial da pena imposta:

"Apelação. Tráfico de drogas. Reconhecimento do tráfico privilegiado, com fixação do regime inicial aberto. Réu que se conforma com a condenação. Recurso ministerial que busca a fixação do regime inicial fechado e a declaração do perdimento do valor em dinheiro apreendido. Cabimento. Regime inicial fechado que decorre de disposição legal expressa e que, in casu, é o que convém, efetivamente, como resposta adequada à reprovação e prevenção da conduta praticada pelo apelado. Não comprovação de que o valor apreendido era fruto de trabalho lícito. Decretação da perda em favor da União, que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida que se impõe, consoante o disposto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal, e art. 63, da Lei de Drogas. Recurso ministerial provido" (fl. 41).

Não se conformando com o acórdão, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** *"verifica-se da análise da sentença condenatória que, embora o MM. Juiz a quo tenha feito as pertinentes ressalvas no que diz respeito à inexistência de vedação legal para conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos na hipótese de crime de tráfico, fundamentou a negativa de concessão da substituição ao sentenciado fundamentando sua decisão exclusivamente na gravidade em abstrato do delito"; b)* *"é cabível a fixação do regime aberto para início do cumprimento da reprimenda, diante da não presença de circunstâncias desfavoráveis ao paciente"* (fls. 01/29).

A liminar foi deferida, para *"permitir que o paciente, se por outro motivo não estiver cumprindo pena em regime mais gravoso, aguarde, no regime aberto, o julgamento do mérito deste habeas corpus"* (fls. 46/49).

Prestadas as informações (fls. 65/73), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, para *"fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP"* (fls. 60/63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.123 - SP (2014/0311904-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN PIERRI MARIANO 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 – como sucede no caso em exame –, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, 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, 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).

Destaco que o Ministério Público de São Paulo recorreu da sentença apenas quanto ao regime prisional.

Por seu turno, o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do estabelecimento daquele fixado na sentença (aberto).

Tenho que lhe assiste, em parte, razão.

Conquanto ao réu tenha sido aplicada pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão (pela primariedade e bons antecedentes), considerando que em seu poder foram apreendidos 31,3g de cocaína e 24,7g de maconha (fl. 40), parece-me recomendável que seja inicialmente cumprida em regime semiaberto.

Transcrevo ementas de acórdãos que, *mutatis mutandis*, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1396214/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013).*

"1. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime diverso do fechado, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, 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. Condenado o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, por tráfico de 12 pinos plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 9,5 g; 4 porções de maconha prensada, com peso líquido de 6,4 g; e 2 cigarros de maconha, com peso líquido de 0,8 g, nas proximidades de 2 estabelecimentos de ensino, não se mostra razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tampouco o regime aberto.

5. Ordem concedida, em parte, ratificada a liminar, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva" (HC 209.237/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/02/2012).

04. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De **ofício, concedo** a ordem, e casso a liminar anteriormente deferida, 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: 2014/0311904-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.123 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00159407320118260566 159407320118260506 6912011

EM MESA

JULGADO: 02/06/2015

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. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEAN PIERRI MARIANO DA SILVA (PRESO)

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.