



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.143 - SP (2014/0185476-2)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : WILSON DA ROCHA PEREIRA
ADVOGADO : WILSON DA ROCHA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN CEZAR PAULINO (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 12 PEDRAS DE CRACK, 63 PORÇÕES DE MACONHA E 6 PORÇÕES DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS E 11 (ONZE) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

01. Prescreve a Constituição da República que “*conceder-se-á 'habeas-corpus' 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 constitucional e legal se infere que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito que possam constranger ou constituir ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, impõe-se seja processado para aferição da existência de “*ilegalidade ou abuso de poder*” no ato judicial impugnado, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para o caso (STJ, HC 227.152, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma; STF, HC 121.537, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda 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*”. 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. Min. Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 118.840/ES, Rel. Min. 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 e HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena.

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, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.143 - SP (2014/0185476-2)

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

IMPETRANTE : WILSON DA ROCHA PEREIRA

ADVOGADO : WILSON DA ROCHA PEREIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALAN CEZAR PAULINO (PRESO)

RELATÓRIO

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

ALAN CEZAR PAULINO foi denunciado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). No dispositivo da sentença, inscreveu o Juiz da 2ª Vara Criminal do Foro Distrital de Paulínia da Comarca de Campinas/SP:

"Alan Cezar Paulino, qualificado nos autos, foi denunciado pelo Ministério Público, como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, c.c artigo 40, incisos III e VI, ambos da Lei nº 11.343/06, porque, nas circunstâncias de tempo e local descritos na denúncia, agindo em concurso com o adolescente João Paulo de Almeida, vendeu a terceiro uma porção de cocaína, bem como guardava para entrega a consumo de terceiros outras 06 porções do mesmo entorpecente, 12 pedras de crack e 63 porções de maconha, individualmente embaladas e prontas para entrega a consumo de terceiros, substâncias estas entorpecentes, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tudo nas imediações de três estabelecimentos de ensino."

[...]

"O acusado é primário e agiu com dolo normal ao delito, que não teve maiores consequências. Assim, considerando as demais circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, fixo sua pena-base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso da lei especial, em razão de sua precária situação econômica. Nada a considerar na segunda fase de fixação das penas. Na terceira fase, considerando a existência da causa de aumento prevista no artigo 40, III da Lei n. 11.343/06 aumento as penas de 1/6, totalizando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Ainda na terceira fase, de rigor a diminuição da pena no patamar de 1/2, considerando a quantidade e variedade de entorpecente apreendido, totalizando, em definitivo, 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, além do pagamento de 291 dias-multa, no piso legal. A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime inicial fechado, por força do disposto no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07. O réu não poderá apelar em liberdade, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em virtude de vedação expressa da Lei 11.343/06, bem como por entender que a medida não é recomendável, pelo fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de tratar-se de crime equiparado a hediondo. Posto isso, julgo PROCEDENTE a denúncia, para CONDENAR o réu Alan Cezar Paulino, como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, e § 4º c.c artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06, a cumprir, em regime inicial fechado, pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, além do pagamento de 291 dias-multa, no piso da lei especial.

Da decisão, Wilson da Rocha Pereira impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que o denegou pelas razões a seguir parcialmente reproduzidas:

"No caso vertente, o elevado grau de censurabilidade incidente sobre a ação criminosa não permite seja o paciente agraciado com penas diversas da privativa de liberdade.

A propósito, cumpre destacar que a conduta recaiu sobre 63 porções de maconha, seis porções de cocaína e 12 pedras de crack, estas últimas drogas extremamente perniciosas, que incrementam agudamente o risco à saúde pública.

Ademais, o paciente foi flagrado após vender 0,34g de cocaína a um terceiro em plena via pública, num local conhecido como ponto de venda de drogas, na proximidade de três estabelecimentos de ensino. O tráfico era praticado em concurso com um adolescente. Em busca nas imediações, foram localizadas as demais porções apreendidas, individualmente embaladas e prontas para entrega a consumo de terceiros.

Há indícios, pois, de que a traficância resultante do concurso de agentes se desenvolvia de forma intensa e habitual.

Nesse cenário, a pena privativa de liberdade é a única que atende aos escopos da reprimenda, não sendo demais lembrar que a natureza do objeto material - que, no caso, incluía cocaína e crack - é fator preponderante na análise das circunstâncias judiciais, a teor do que dispõe o artigo 42 da Lei no. 11.343/06, devendo o mesmo ser dito quanto aos requisitos da substituição elencados no artigo 44, inciso III do Código Penal.

[...]

Não há, pois, qualquer ilegalidade flagrante na decisão de primeiro grau no tocante à fixação do regime e estipulação da prisão preventiva, não havendo como conceder *habeas corpus* ao paciente.

Não se conformando com o acórdão, manejou ele, nesta Corte, novo *habeas corpus*, sustentando neste, em síntese, que: **a)** "o paciente faz jus a regime prisional inicial menos danoso/gravoso. Porquanto, ademais de primário, possuir endereço fixo, o crime em questão foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, e o quantum da pena, fixada em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, permite a imposição de regime menos danoso/gravoso"; **b)** "a decisão do Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, foi a de permitir a conversão da pena, afastando expressamente a vedação prevista no artigo 33, § 4º, e, presumidamente, a disposta no artigo 44, caput." (fls. 1/17)

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que seja estabelecido o regime prisional aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição dela por restritiva de direitos.

A liminar foi parcialmente deferida, para "*determinar ao MM. Juízo das Execuções Penais da Comarca de Campinas/SP que, afastado o óbice legal para imposição do regime fechado, proceda ao exame do regime prisional adequado à espécie*" (fls. 39)

Prestadas as informações (fls. 58/208 e 214/215), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 49/52).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.143 - SP (2014/0185476-2)

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

IMPETRANTE : WILSON DA ROCHA PEREIRA

ADVOGADO : WILSON DA ROCHA PEREIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALAN CEZAR PAULINO (PRESO)

VOTO

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

01. Na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 300.638/MS, julgado em 24/02/2015, assentei:

"Prescreve a Constituição da República que 'conceder-se-á habeas-corpus 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 constitucional e legal se infere 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, impõe-se seja processado para aferição da existência de 'ilegalidade ou abuso de poder' no ato judicial impugnado, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para o caso (STF, HC 121.537, Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 227.152, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma)."

O precedente se aplica ao caso em exame.

Não há como conhecer do *habeas corpus*, porque substitutivo de recurso. Porém, deve ser processado *"para aferição da existência de 'ilegalidade ou abuso de poder' no ato judicial impugnado"*.

02. Reafirmo os fundamentos do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 301.194/SC, sintetizados na ementa a seguir parcialmente reproduzida:

"2. 'Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal' (HC n. 277.310/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/09/2014).

3. 'A norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico de entorpecentes (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006) foi declarada inconstitucional pelo STF (HC 97.256/RS), e já teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012). Logo, não há qualquer óbice a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais' (HC n. 288.376/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard, Sexta Turma, julgado em 12/08/2014)".

Transcrevo, também, parcialmente, ementas de outros acórdãos versando sobre casos similares:

"Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto" (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014).

"O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, 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" (HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 19/11/2014).

As ementas são autoexplicativas. Nada lhes é necessário acrescentar.

À luz das premissas e teses jurídicas nelas estabelecidas, é forçoso concluir que assiste razão ao impetrante quanto à possibilidade de fixação do regime prisional diverso do fechado. Contudo, de acordo com o que preceituam os arts. 44 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, levando-se em consideração a natureza e variedade de drogas apreendidas – 63 porções de maconha, seis porções de cocaína e 12 pedras de crack –, entendendo ser cabível, neste caso, o regime inicial semiaberto e, pelo mesmo motivo, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Valho-me, mais um vez, de precedentes desta a Corte para reforçar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

solução proposta:

"III - A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é socialmente recomendada para o caso em questão, considerada, sobretudo, a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas.

IV. A presença de circunstância judicial desfavorável, consistente na natureza das drogas apreendidas (crack e cocaína) e o quantum de pena estabelecido - 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão -, ante as regras previstas no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c. o art. 59, ambos do Código Penal, autorizam o regime inicial semiaberto." (AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015)

"1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal." (AgRg no REsp 1462967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015)

03. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De **ofício**, **concedo** a ordem para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0185476-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 300.143 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2013001205 20140000432960 20674455020138260000 30018385020138260428

EM MESA

JULGADO: 03/03/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WILSON DA ROCHA PEREIRA
ADVOGADO : WILSON DA ROCHA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN CEZAR PAULINO (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, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.