



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.705 - RJ (2014/0205415-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO
ADVOGADO : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MAICON DOS SANTOS DIAS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 12 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 6 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 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 a hipótese (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).

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, Min. Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 118.840/ES, 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. Conforme consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 279.579/MT, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015; AgRg no REsp n. 1.355.940/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014) e do Supremo Tribunal Federal (RHC 123.367, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014 e HC 120.576, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014), *"o regime inicial fechado revela-se possível em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de pena inferior a 8 (oito) anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal"* e, ainda, ante *"a natureza e a quantidade da substância e do produto"* (Lei 11.343/2006, art. 42).

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

Brasília (DF), 07 de abril de 2015(data do julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.705 - RJ (2014/0205415-0)

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

IMPETRANTE : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO
ADVOGADO : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MAICON DOS SANTOS DIAS

RELATÓRIO

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

MAICON DOS SANTOS DIAS foi denunciado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). Está inscrito no dispositivo da sentença:

"Passo a dosimetria das penas, sendo observadas as diretrizes do art. 42 da lei 11.343/06.

Na primeira fase da fixação das penas, observa-se que o acusado é primário e não possui maus antecedentes, fato que em primeira análise, possibilitaria arbitramento da pena no mínimo legal.

Deve ser verificado, porém, quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, que é significativa, sendo ainda verificado, que o dinheiro apreendido é indicativo da venda de farta quantidade de drogas que anteriormente portava. Tráfico ser exercido com vinculação à facção criminosa, com grandes ramificações e com elevada periculosidade. Atividades estavam sendo efetivadas de forma reiterada, como meio de vida. Substâncias entorpecentes apreendidas, possuírem elevado potencial lesivo para saúde física e mental dos dependentes químicos. Quantidade de drogas apreendidas ser capaz de alcançar significativo número de dependentes químicos e grande lesão a coletividade. Tráfico de drogas ser o crime que maiores danos geram para sociedade do Rio de Janeiro, ocasionado verdadeira guerra urbana entre traficantes e agentes de segurança pública. Tráfico está sendo exercido em localidade, retomada do tráfico, com instalação de UPP, buscando outorgar paz e direitos básicos aos moradores, objetivando a conduta do acusado, fomentar e manter a indústria do tráfico no local e, desconstituir ação dos agentes públicos. Penas são fixadas em 06 anos de reclusão e 600 dias multa.

Na segunda fase da fixação das penas, não existem circunstâncias atenuantes e agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase da fixação das penas, não existem causas de diminuição e aumento a serem consideradas.

Tomo as penas definitivas em 06 anos de reclusão e 600 dias multa.

Sendo observada condição econômica do acusado, valor do dia multa é arbitrado em 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Valores serão atualizados monetariamente.

Sendo observados os fatos que motivaram a fixação da pena base acima do mínimo legal e o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade, deverá ser iniciada em regime fechado. O período de detração da pena, em nada modifica o regime prisional estabelecido." (fls. 17/21)

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir parcialmente reproduzida, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento à apelação do réu:

"O apelante foi condenado como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias- multa porque, [...] trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 12g (doze gramas) cocaína em 77 (setenta e sete) pequenos sacos de plástico incolor fechados por nó, devidamente acondicionada para mercancia e trezentos e vinte e cinco reais em espécie." (fls. 7/9)

Não se conformando com o acórdão, os defensores do réu manejaram, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** *"o Desembargador determinou que a pena será cumprida inicialmente em regime fechado, tão somente em relação ao cumprimento do art. 2º, § 1º, da Lei 8072/90"; b)* *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"* (fls. 1/5).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para *"conceder ao paciente o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena imposta"* (fl. 6).

Prestadas as informações (fls. 67/104), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 108/111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.705 - RJ (2014/0205415-0)

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

IMPETRANTE : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO

ADVOGADO : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MAICON DOS SANTOS DIAS

VOTO

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

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 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 –, impõe-se seja processado para aferição da 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. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 não assiste razão ao impetrante quanto à possibilidade de fixação do regime prisional semiaberto.

O regime fechado foi estabelecido em decisão fundamentada, na qual o magistrado destacou *"os fatos que motivaram a fixação da pena base acima do mínimo legal"*, principalmente, *"a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, que é significativa, sendo ainda verificado, que o dinheiro apreendido é indicativo da venda de farta quantidade de drogas"* (fl. 21).

Está ela em conformidade com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, que assim dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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."

A toda evidência, não há *"ilegalidade ou abuso de poder"* (CR, art. 5º, inc. LXVIII) a ser sanado.

Ademais, o *quantum* da pena aplicada e mais as "circunstâncias judiciais" (CP, art. 59) desfavoráveis impedem a concessão de regime inicial semiaberto.

Valho-me de precedentes desta a Corte e do Supremo Tribunal Federal para reforçar os fundamentos das decisões impugnadas:

"Considerando a quantidade e a qualidade da droga apreendida em poder da paciente - 374g de maconha e 23g de cocaína -, mostra-se adequada a imposição do regime inicial fechado" (AgRg no HC 299.675/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 02/10/2014).

"Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 2.030 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado." (HC 301.312/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014).

"A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, justifica a imposição de regime prisional mais severo" (AgRg no HC 279.579/MT, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015).

"Deve ser mantido ao agravante o regime inicial fechado, pois a pena-base imposta foi fixada acima do mínimo legal, em razão de circunstância judicial negativa, consistente na quantidade e natureza das drogas apreendidas" (AgRg no REsp n. 1.355.940/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014).

"No tráfico de drogas, é admissível a imposição de regime inicial fechado com base, exclusivamente, na quantidade ou na natureza da droga apreendida" (HC 121389, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014).

"A fixação do regime prisional mais gravoso foi realizada de forma devidamente fundamentada, sendo certo que a quantidade e natureza da droga não foram os únicos motivos para o agravamento do regime, haja vista a existência de outras circunstâncias desfavoráveis" (HC 120576, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0205415-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.705 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011245920138190001 000682013 025000682013 11245920138190001 25000682013
682013

EM MESA

JULGADO: 07/04/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO
ADVOGADO : EBERTHE VIEIRA DE SOUZA GOMES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MAICON DOS SANTOS DIAS

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