



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.661 - SP (2014/0340923-2)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLOS DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : GISELI TAMARA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 100,7 GRAMAS DE COCAÍNA E 69,8 GRAMAS DE CRACK. PENAS FIXADAS EM 1 (UM) ANO e 8 (OITO) MESES e 1 (UM) ANO e 10 (DEZ) 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 "*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, impõe-se seja processado para aferição 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. 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. 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 e HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e a quantidade e a natureza das drogas apreendidas são elementos determinantes para a fixação do regime prisional (CP, arts. 33, § 3º, e 59 e 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. Cassada a liminar anteriormente deferida. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial das penas privativas 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, cassar a liminar anteriormente deferida 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), 16 de abril de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.661 - SP (2014/0340923-2)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEAN CARLOS DOS SANTOS (PRESO)

PACIENTE : GISELI TAMARA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

JEAN CARLOS DOS SANTOS e GISELI TAMARA DOS SANTOS foram condenados, respectivamente, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses e 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado. Está inscrito no dispositivo da sentença:

"Os réus GISELI TAMARA DOS SANTOS com qualificação completa a fls. 13 e 26/33, e JEAN CARLOS DOS SANTOS, com qualificação completa a fls. 12 e 15/24 dos autos, foram denunciados como incurso nos art. 33, *caput*, c.c. art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, porque no dia 13 de janeiro de 2014, na Rua Celina Vigue Loureiro, quadra 01, Jardim Grama, nesta cidade e comarca, agindo em conluio e unidade de propósitos, teriam em posse e depósito, para fins de tráfico ilícito de drogas e consumo de terceiro, substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, consistente em 100,7 gramas de Benzoilmetilecgonina, vulgarmente conhecida como 'cocaína', e 69,8 gramas de Benzoilmetilecgonina, vulgarmente conhecida como 'crack'.

[...]

Passo à dosimetria da pena.

Em relação ao réu Jean Carlos dos Santos, ele não ostenta maus antecedentes criminais. Todavia, não se pode perder de vista que a substância encontrada em seu poder é o crack, o que revela a maior reprovabilidade da conduta. Isso porque o crack é, dentre as substâncias entorpecentes, a mais nociva, em função de seu maior poderio como elemento de desagregação social e familiar. Essa circunstância revela a necessidade de fixação da pena base em um terço sobre o mínimo legal, ou seja, em seis anos e oito meses de reclusão.

[...]

Já a ré Giseli Tamara dos Santos, também não possui maus antecedentes criminais, porém, foi encontrada na posse de crack, o que indica a maior reprovabilidade da conduta. Essa circunstância revela a necessidade de fixação da pena base em um terço sobre o mínimo legal, ou seja, em seis anos e oito meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Por força do que dispõe o art. 2º da Lei 8072/90, o cumprimento da pena privativa de liberdade será iniciado no regime fechado.

Subsistem os motivos que levaram à manutenção da prisão cautelar dos réus, que se faz necessária para fins de garantia da ordem pública, já que o crime de tráfico de entorpecentes constitui um dos grandes flagelos da sociedade moderna. Além disso, a liberdade provisória é inviável para os acusados da prática do tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 44 da Lei n. 11.343/06, como vem decidindo, de forma reiterada, o Superior Tribunal de Justiça.

Assim, os réus não poderão recorrer desta sentença em liberdade."

[...]

Ante o exposto, julgo procedente, em parte, a ação penal, para: a) condenar o réu JEAN CARLOS DOS SANTOS, RG nº 49640813/SSP/SP, com qualificação completa a fls. 12 e 15/24 dos autos, a cumprir UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, bem como a pagar CENTO E SESENTA E SETE DIAS-MULTA, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 33, 'caput' e § 4º, da Lei nº 11.343/06, combinado com o art. 65, I e III, 'd' do Código Penal; e b) condenar a ré GISELI TAMARA DOS SANTOS, RG nº 52074112/SSP/SP, com qualificação completa a fls. 13 e 26/33 dos autos, a cumprir UM ANO, DEZ MESES E SEIS DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, bem como a pagar CENTO E OITENTA E CINCO DIAS-MULTA, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 33, 'caput' e § 4º, da Lei nº 11.343/06, combinado com o art. 65, I, do Código Penal." (fl. 21)

Inconformados, impetraram *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O relator, Desembargador Souza Nery, indeferiu a liminar postulada (fls. 12/13).

Não se conformando com o *decisum*, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou novo *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que: **a)** houve "afronta ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal"; **b)** "o Plenário do Supremo Tribunal Federal, (...), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados" (fl. 1/11).

Ao final, requereu a concessão da ordem para "suspender os efeitos da decisão de primeiro grau em relação aos ora pacientes até o julgamento final deste *habeas corpus* ou até o trânsito em julgado da decisão condenatória, (...), expedindo-se alvará de soltura; senão, para minorar os efeitos, seja reconhecido desde já o regime prisional mais benéfico para o cumprimento da pena" (fl. 10).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi deferida, para *"permitir que os pacientes, se por motivo diverso não estiverem cumprindo outra pena em regime mais gravoso, aguardem, no regime aberto, o julgamento do mérito deste habeas corpus"* (fls. 40/42).

Prestadas as informações (fls. 69/81), manifestou-se o Ministério Público Federal *"pela concessão da ordem, a fim de que, uma vez afastada a vedação legal, o regime prisional inicial seja arbitrado segundo os ditames do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal"* (fls. 83/86).

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo revela que o *habeas corpus* foi julgado e a ordem denegada. O acórdão está assim ementado:

"Habeas Corpus - Pacientes condenados por tráfico ilícito de entorpecentes - Impetração visando à reforma da sentença, para fixação de regime prisional menos gravoso – Meio inidôneo – Juiz que cumpre mandamento legal ao fixar o regime fechado – Irrelevância da detração penal - Pleito de recurso em liberdade - Impossibilidade - Dispositivo legal que veda a concessão de liberdade provisória - Ordem Denegada".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.661 - SP (2014/0340923-2)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEAN CARLOS DOS SANTOS (PRESO)

PACIENTE : GISELI TAMARA DOS SANTOS (PRESO)

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, 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. 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)".

A ementa é autoexplicativa. Nada lhe 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.

03. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (CP, arts. 33, § 3º, e 59 e Lei n. 11.343/2006, art. 42) são elementos determinantes para a fixação do regime prisional (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).

No caso em exame, tenho que se encontram presentes os pressupostos que autorizam seja fixado o regime prisional semiaberto.

04. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Liminar anteriormente deferida **cassada**. De **ofício, concedo** a ordem para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas privativas de liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0340923-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 312.661 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008366620148260071 1252014 22019902320148260000 8366620148260071

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEAN CARLOS DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	: GISELI TAMARA DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

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, cassou a liminar anteriormente deferida 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.