



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.732 - SP (2015/0258913-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : FERNANDO MARQUES DE JESUS
ADVOGADO : FERNANDO MARQUES DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS VILLANI JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE ANULADA PELO TRIBUNAL A QUO. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a decretação da custódia cautelar, em qualquer fase do processo, exige a demonstração concreta do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para tanto, não é suficiente, evidentemente, a simples reportação aos pressupostos previstos no mencionado artigo, sem nenhum elemento concreto. Precedente.

2. Após o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, da que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, a fundamentação calcada nesse dispositivo simplesmente perdeu o respaldo (HC n. 104.339/SP, Ministro Gilmar Mendes). De acordo com o julgamento da Suprema Corte, a regra prevista no referido art. 44 da Lei n. 11.343/2006 é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros. Assim, para se manter a prisão, imprescindível seria a presença de algum dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso.

3. *Writ* conhecido em parte e, nessa parte, ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente. Liminar ratificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 12 de abril de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.732 - SP (2015/0258913-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Antônio Carlos Villani Junior**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que *concedeu parcialmente o writ originário (HC n. 2127308-63.2015.8.26.0000) para anular a r. sentença condenatória, somente na parte em que omitiu decisão acerca da substituição da pena privativa de liberdade, bem como em que estipulou, sem fundamentação, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, determinando que tais questões sejam apreciadas, em primeiro grau, de forma motivada (fl. 20).*

Alega o impetrante que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (2,38 g de crack), a uma pena mínima de 1 ano e 8 meses, *faz jus à substituição de sua pena privativa de liberdade ou ao menos fixação de regime inicial aberto, é primário e possui bons antecedentes, conforme reconhecido expressamente em sentença, além de estar preso preventivamente há quase um ano, já tendo cumprido mais da metade da pena no regime fechado (fl. 7).*

Requer, em liminar e no mérito, seja revogada a prisão cautelar do paciente.

A liminar foi deferida para revogar a prisão preventiva do paciente (fls 112/114).

Ingressa o impetrante com a petição de fls. 157/166, sustentando que não foi cumprida a liminar deferida nestes autos.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (fls. 167/172):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO RHC. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILEGALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE ANULADA PELO TRIBUNAL A *QUO*. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E PELA CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME ABERTO E DETERMINAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.732 - SP (2015/0258913-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A sentença que negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade (fls. 17/21) está fundamentada apenas no fato de o réu ter permanecido preso durante a instrução processual. Prisão esta, baseada na garantia da ordem social, de modo genérico e abstrato, sem o apontamento de fatos concretos que demonstrassem a presença dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

O acórdão ora impugnado anulou parcialmente a sentença condenatória (fls. 33/37), declarando a carência de fundamentação com relação ao regime e à substituição da pena, contudo, manteve a prisão do paciente, com base nos mesmos motivos da sentença do 1º grau. Deixando assim, de apresentar fundamentação idônea.

Além disso, desde 11/5/2012, após o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, a saber, da que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, a fundamentação calcada nesse dispositivo simplesmente perdeu o respaldo (HC n. 104.339/SP, Ministro Gilmar Mendes, Informativo n. 665). De acordo com o julgamento da Suprema Corte, a regra prevista no referido art. 44 da Lei n. 11.343/2006 é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros. Assim, para se manter a prisão, imprescindível seria a presença de algum dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso.

Nesse passo, tem-se patente a ilegalidade da prisão preventiva, pois não foi demonstrada de forma concreta e fundamentada a necessidade excepcional da medida, não admitindo a jurisprudência a sua decretação mediante motivação genérica e abstrata.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime prisional e à substituição da pena, o Ministério Público Federal se manifestou nos seguintes termos (fls. 169/171):

[...] Este remédio heróico não deve ser conhecido por se tratar de Habeas Corpus substitutivo de Recurso Especial. Apenas em situações excepcionais, em que o constrangimento ilegal se revele flagrante e evidente, é possível a superação da orientação acima enunciada, de modo a se conceder a ordem de ofício, **o que é o caso** dos autos.

[...] Apesar de o presente caso já estar tramitando em sede de apelação, uma vez que foi anulado o édito condenatório no tocante à fixação do regime, pois despidido de fundamentação, têm-se que não se trata de situação ordinária em que o réu que permaneceu preso durante a instrução criminal deve permanecer preso para apelar da sentença. Trata-se de devido constrangimento ilegal em vista da ausência de fundamentação para a determinação da segregação cautelar. Com efeito, após a declaração de inconstitucionalidade do 2º, § 1º, da Lei nº 11.464/06, somente pode ser fixado o regime mais gravoso para penas inferiores à 4 anos, se devidamente motivada na gravidade concreta do delito e na quantidade de drogas apreendidas, em conformidade com o que estabelecem os arts. 33 e 59 do CP; o art. 42 da Lei de Drogas; e o art. 93, IX da CF. Trata-se, ademais, de Paciente primário, que teve a pena – base fixada no mínimo legal. Não se pode determinar o cumprimento da pena em regime mais gravoso do que aquele cabível, em respeito à regra insculpida no art. 33, § 2º, do Código Penal. Outrossim, não é despidendo repisar que tanto o Eg. STF quanto esse Eg. STJ têm entendimento sumulado sobre o tema (Súmulas 718 e 719, STF e 440, STJ), no sentido de ser vedada a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente permitido com base em considerações lastreadas na opinião do julgador sobre a gravidade do delito, ou em fundamentação inidônea. Nesse diapasão, não há como prevalecer o regime fechado para cumprimento da referida sanção. Por fim, é certo que a reprimenda imposta ao Paciente permite objetiva e subjetivamente a substituição da pena corporal prevista no art. 44 do Código Penal. Ora, levando-se em consideração o quantum da pena imposta e as circunstâncias judiciais favoráveis reconhecidas pelo MM. Juízo de piso, a omissão há de ser suprida com a possibilidade de se conceder a conversão da reprimenda corporal.

Ocorre que o Tribunal de origem já reconheceu a ausência de fundamentação e determinou nova análise da questão pelo Juízo de primeiro grau. A alteração do regime neste momento implicaria supressão de instância, não admitida pela jurisprudência desta Corte.

Com essas considerações, **conheço** em parte do *habeas corpus* e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nessa parte, **concedo** a ordem para revogar a prisão cautelar. Ratificada a liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0258913-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 338.732 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000705082015 00411040520148260576 21273086320158260000 411040520148260576
705082015

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO MARQUES DE JESUS
ADVOGADO : FERNANDO MARQUES DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS VILLANI JUNIOR (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.