



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.250 - SP (2015/0126009-1)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA
ADVOGADO : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TALES EDUARDO MONTENINI DE OLIVEIRA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 12,69 GRAMAS DE MACONHA, 25,12 GRAMAS DE COCAÍNA E 1,36 GRAMAS DE CRACK. 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 perquirição da existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, 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 integralmente inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli) e, parcialmente, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito). Destarte, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 igual ou inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto. Dependendo da natureza (potencial lesivo à saúde), da variedade 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) e, ainda, obstada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificada a liminar, 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), 08 de setembro de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.250 - SP (2015/0126009-1)

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

IMPETRANTE : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA

ADVOGADO : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : TALES EDUARDO MONTENINI DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

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

TALES EDUARDO MONTENINI DE OLIVEIRA foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 15/18).

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão a seguir reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu e deu provimento àquela do Ministério Público:

"APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - INVIÁVEL A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, DA LEI 11.343/06 - EXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA A SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL E INSUFICIÊNCIA PARA REPROVAÇÃO PENAL - SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS AFASTADAS - REGIME FECHADO LEGAL É COMPATÍVEL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO EM TELA - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO E RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO" (fl. 9)

Não se conformando com o acórdão, o defensor do réu impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando que: **a)** *"a substituição da pena é um direito subjetivo de qualquer pessoa e não uma discricionariedade do Poder Judiciário"*; **b)** *"todos os requisitos estipulados no artigo 44 do Código Penal, objetivos e subjetivos, foram respeitados"*; **c)** *"a substituição da sanção corporal pela pena privativa de liberdade é a decisão mais acertada"* (fls. 1/7).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que *"seja cassado o combatido acórdão, para que a sentença proferida em primeiro grau possa prevalecer"* (fls. 6/7).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi deferida para estabelecer o regime semiaberto (fls. 22/25).

Prestadas as informações (fls. 44/54), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 37/42).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.250 - SP (2015/0126009-1)

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

IMPETRANTE : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA

ADVOGADO : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : TALES EDUARDO MONTENINI DE OLIVEIRA

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, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de “*ilegalidade ou abuso de poder*” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, 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 dos votos insertos nos acórdãos cujas ementas são parcialmente reproduzidas:

“[...]”

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 integralmente inconstitucional o § 1º do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli) e, parcialmente, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito). Destarte, 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 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). [...]" (HC 310.192).

"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)" (HC 310.123/SP).

Esses precedentes se aplicam ao caso em exame.

Está inscrito no acórdão:

"Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, o acusado foi surpreendido por policiais militares, na posse ilegal de 6 (seis) porções de maconha (Cannabis sativa L.), num total líquido de 12,69 gramas, 1 (uma) porção de cocaína, num total líquido de 25,12 gramas, e 5 (cinco) porções de crack (composto à base de cocaína), num total líquido de 1,36 gramas, substâncias entorpecentes cuja expressiva quantidade, diversidade, forma de acondicionamento e circunstâncias da apreensão indicam a destinação ao comércio clandestina.

[...]

No que tange ao pleito de afastamento da substituição da sanção corporal, o recurso ministerial comporta acolhimento, pois, em que pese a suspensão da vigência da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em virtude da Resolução nº 5, publicada em 16 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, as características do caso em tela exigem reprovação penal diferenciada, ou seja, a substituição seria insuficiente para a resposta penal adequada.

O regime a ser observado como inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade é o fechado, em conformidade com o disposto no § 1ª do art. 2º da Lei 8.072/90, e por ser o compatível com as concretas circunstâncias do caso em tela, em especial, com a diversidade, quantidade e natureza dos entorpecentes e com as circunstâncias de apreensão" (fls. 12/13).

Com o réu, condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão (pela primariedade e bons antecedentes), foram apreendidas **12,69g de maconha, 25,12g de cocaína e 1,36g de crack.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, tenho que se encontram presentes os pressupostos legais que lhe conferem direito ao cumprimento inicial da pena em regime semiaberto.

Todavia, a variedade, a natureza (potencial lesivo à saúde) e a quantidade das drogas apreendidas não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, inc. III).

Transcrevo ementas de acórdãos desta Corte versando sobre casos similares e que 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 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).

"IV - Sedimentou-se na jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça o entendimento de que é legítima a utilização da quantidade e da variedade de droga para imposição do regime inicial mais gravoso que o cabível em razão da pena aplicada (precedentes).

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis, em razão da diversidade de drogas.

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VII - In casu, o eg. Tribunal a quo negou a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em razão da diversidade da droga. Dessa forma, os pacientes não fazem jus a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP" (HC 318.809/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/06/2015).

"[...]

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a gravidade concreto do delito, evidenciada pela natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - maconha e crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006)" (HC 290.199/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014).

"A quantidade e a variedade de drogas apreendidas (56 g de maconha e 17 g de cocaína), por revelarem maior reprovabilidade da conduta e um certo grau de periculosidade do paciente, justificam a imposição do regime prisional intermediário de cumprimento da pena. Precedentes" (AgRg no HC 199.893/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2012).

"A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Hipótese em que fica vedada a substituição em razão da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos - 27 pedras de crack, 7 petecas de cocaína e 6g de maconha" (AgRg no AREsp 562.832/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015).

"A jurisprudência deste Tribunal entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas" (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014).

04. À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. De ofício, e confirmando a decisão concessiva da tutela de urgência, concedo-o 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: 2015/0126009-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 325.250 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00062170520138260196 20140000570501 62170520138260196

EM MESA

JULGADO: 08/09/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA
ADVOGADO : JOSIAS WELLINGTON SILVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TALES EDUARDO MONTENINI DE OLIVEIRA

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.