



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.702 - SP (2014/0205411-2)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : JOAO BATISTA DE LIMA RESENDE
ADVOGADO : JOÃO BATISTA DE LIMA RESENDE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE ALVES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE COCAÍNA E DE MACONHA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. 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 ele 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 227.152, 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).

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).

04. "*Nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosidade social*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu" (STJ, HC n. 288.589/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014; HC n. 277.798/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05/12/2013; HC n. 258.727/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/12/2013).

05. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que seja proferida outra decisão, aplicando medida cautelar diversa de prisão, assegurado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o novo pronunciamento, se por outro motivo não estiver preso.

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), 19 de março de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.702 - SP (2014/0205411-2)

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

IMPETRANTE : JOAO BATISTA DE LIMA RESENDE

ADVOGADO : JOÃO BATISTA DE LIMA RESENDE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FELIPE ALVES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

FELIPE ALVES DOS SANTOS, preso em flagrante por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 14), teve a prisão em flagrante convertida em preventiva (fl. 35).

Rejeitado o pedido de liberdade provisória, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que o denegou (fls. 52/56).

Inconformado com o acórdão, João Batista de Lima Resende manejou o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** o decreto prisional carece de fundamentação idônea; **b)** o paciente é primário, possui bons antecedentes, além de ocupação lícita e residência fixa.

Requeru a concessão de liberdade provisória ou a imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

A Ministra Regina Helena Costa, então Relatora, indeferiu a liminar (fls. 59/60).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 89/96).

Da decisão que indeferiu a liminar, o impetrante protocolizou pedido de reconsideração (fl.103)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.702 - SP (2014/0205411-2)

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

IMPETRANTE : JOAO BATISTA DE LIMA RESENDE

ADVOGADO : JOÃO BATISTA DE LIMA RESENDE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FELIPE ALVES DOS SANTOS (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 277.152, 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. Assevera o impetrante que *"o E. Juízo de primeiro grau indeferiu-lhe o pedido de liberdade provisória, decretando-lhe a prisão preventiva sob o exclusivo fundamento da gravidade abstrata do delito previsto no art.33 da Lei nº 11.343/06. A fundamentação do combatido decreto de prisão cautelar, medida excepcionalíssima,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não poderia consistir exclusivamente na gravidade abstrata da imputação, conforme ocorreu no caso vertente, segundo pacífica orientação das superiores instâncias." (fls. 01/05).

Assiste-lhe razão.

De acordo com o entendimento predominante nesta Corte, "*nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosidade social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu*" (HC 288.589/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014; HC 277.798/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05/12/2013; HC 258.727/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/12/2013).

Ao indeferir a liberdade provisória, afirmou a magistrada:

" [...]

II - No caso, o indiciado encontra-se preso por tráfico de entorpecentes, delito grave, equiparado a hediondo e severamente punido, com pena máxima superior a 4 anos e insuscetível de liberdade provisória.

Não bastasse a gravidade do delito, tem-se que tal conduta fomenta a prática de outros crimes, tais como furtos e roubos, visando a obtenção de numerário para aquisição de drogas, com grave impacto no meio social

Assim, para tal modalidade de crime, mostram-se absolutamente insuficientes e inadequadas as medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP, sendo recomendável a manutenção do agente no cárcere, como garantia da ordem pública, a despeito de eventual primariedade, residência fixa e quantidade de droga apreendida.

Converto, pois, a prisão em flagrante em preventiva, nos termos do art. 310, inciso II, c.c. o art. 313, inciso I, ambos do CPP.

Assim, não há que se falar em liberdade provisória, que fica Indeferida. [...]." (fl. 35).

A Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do *habeas corpus*, manteve a prisão preventiva. Do acórdão, destaco o excerto que segue:

"Realmente, a natureza e diversidade das drogas apreendidas, 46 porções de cocaína e 24 porções de 'crack', justifica, por si só, a segregação do paciente da sociedade, pelo excessivo mal que podem causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários das drogas traficadas até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, conseqüentemente, periculosidade do paciente, de modo a justificar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manutenção de sua custódia, para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do código de processo Penal.

[...]

Por fim, frise-se que, pelo fato de se tratar de tráfico de entorpecente, não se admite a concessão do benefício da liberdade provisória, por força do art. 44, 'caput', da Lei nº 11.343/06, dispositivo legal não derogado pela Lei nº 11.464/07 e que está em perfeita sintonia com o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos fatos definidos como crimes hediondos" (fls. 52/56).

O decreto de prisão preventiva imposto com base exclusivamente na hediondez do delito e a substituição da pena privativa de liberdade obstada, também, em razão da gravidade do tráfico de drogas, não encontram amparo legal nem jurisprudencial.

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

"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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

"3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º 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.

4. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

5. O Pretório Excelso, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006" (HC 292.926/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/08/2014)

"3. 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.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores" (HC 293.483/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/08/2014).

Destarte, impõe-se a concessão da ordem, de ofício, pois manifesta a ilegalidade.

03. À vista do exposto, não conheço do habeas corpus. De ofício, concedo a ordem, para determinar que seja proferida outra decisão, aplicando medida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar diversa de prisão; assegurado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o novo pronunciamento, se por outro motivo não estiver preso.

Resta prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que denegou a liminar (fl. 103).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0205411-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.702 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0165226620148260114 165226620148260114 20140000481539 20764280420148260000
4842014 7672014

EM MESA

JULGADO: 19/03/2015

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. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO BATISTA DE LIMA RESENDE
ADVOGADO : JOÃO BATISTA DE LIMA RESENDE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE ALVES DOS SANTOS (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.