



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.775 - SP (2014/0228901-7)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : JOYCE CORREIA DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO MATHEUS NOGUEIRA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 7,19 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 Min. 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 n. 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 n. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

03. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 4 (quatro) anos, poderá ser estabelecido regime aberto para o seu cumprimento inicial, bem como a sua substituição por restritiva de direitos, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (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 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas no Juízo da execução.

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), 20 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.775 - SP (2014/0228901-7)

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

IMPETRANTE : JOYCE CORREIA DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FABIO MATHEUS NOGUEIRA

RELATÓRIO

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

FABIO MATHEUS NOGUEIRA foi condenado à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 16/23).

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou o *habeas corpus* impetrado pela defensora do réu:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - MODIFICAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA - PEDIDO DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - VIA IMPRÓPRIA - HIPÓTESE DE APELAÇÃO CRIMINAL - ORDEM INDEFERIDA LIMINARMENTE" (fl. 48).

Não se conformando com o *decisum*, manejou ela o *habeas corpus* em exame, sustentando, em síntese, que: **a)** "o paciente é primário, portador de bons antecedentes", com pena abaixo de quatro anos; **b)** preenche todos os requisitos para a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 01/12).

A liminar foi indeferida (fls. 67/70).

Prestadas as informações (fls. 78/126), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo "não conhecimento do writ, com a concessão, todavia, da ordem de ofício para fixar-se o regime inicial aberto e substituir-se a pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direito(s) definida(s) pelo Juízo da Execução" (fls. 130/142).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.775 - SP (2014/0228901-7)

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

IMPETRANTE : JOYCE CORREIA DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FABIO MATHEUS NOGUEIRA

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. Assevera a impetrante que o paciente é réu primário, de bons antecedentes e preenche os requisitos legais para o início do cumprimento da pena em regime aberto e a substituição desta por penas restritivas de direitos.

Assiste-lhe razão.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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 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; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

[...]" (HC 313.826/PR, Quinta Turma, julgado em 18/06/2015).

"No crime de tráfico de drogas, sendo as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, e se a natureza e quantidade de drogas apreendidas revelam baixo potencial lesivo, não há como lhe denegar o direito ao cumprimento em regime aberto e à sua substituição por restritiva de direito (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 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014)" (HC 311.719/SP, Quinta Turma, julgado em 09/06/2015).

Está inscrito na sentença condenatória:

"Em que pese a Resolução nº 15 do Senado Federal, de 15.02.12, que retirou da Lei nº 11.343/06 a proibição de concessão de pena restritiva de direitos aos apenados por tráfico de entorpecentes, entendo necessário, primordialmente, que o réu seja submetido à pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado com o intuito de averiguar se tem condições de retornar ao convívio social sem delinquir e, especialmente, sem se envolver com entorpecentes, seja como usuário ou traficante. A concessão de pena restritiva facilitaria o seu retorno ao contexto criminoso em que vivia, aumentando a probabilidade da reincidência. Assim, uma vez assimilada a terapêutica penal a partir da pena privativa em regime fechado e, diante da perspectiva da progressão mediante a avaliação do seu mérito, terá condições de se adaptar a um regime ou condições mais brandas, dos quais são inerentes menor grau de fiscalização e a confiabilidade no seu senso de conduta, o que poderá levá-lo a uma nova vida longe das drogas" (fl. 110).

Ao réu foi aplicada pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu poder foram apreendidos **7,19 gramas de crack**.

Nesse contexto, tenho que se encontram presentes os pressupostos legais que lhe conferem o direito ao cumprimento da pena em regime aberto e a sua substituição por restritiva de direitos.

Transcrevo ementas de acórdãos desta Corte versando sobre casos similares e que respaldam essa solução:

"1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, 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.

3. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. Na hipótese, o Tribunal de origem, após fixar a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, determinou o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado, exclusivamente 'por se tratar de crime equiparado a hediondo', valendo-se da mesma fundamentação para vedar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em manifesto descompasso com as decisões pretorianas.

5. A primariedade, os bons antecedentes e o quantum da pena aplicada, aliados à quantidade e à natureza do entorpecente apreendida - 168,2g de haxixe -, recomendam o estabelecimento do regime aberto para o início da expiação, bem como a substituição pretendida.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções" (HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

"1. O prazo para interposição de agravo previsto no artigo 28 da Lei 8.038/90 é de 5 dias, não tendo sido alterado pela superveniência da Lei 8.950/94. Precedentes desta Corte e enunciado 699 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no ARE 639.846/SP, o STF confirmou o entendimento de que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.322/2010, o prazo para interposição do agravo em matéria penal permanece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em cinco dias, mantendo o entendimento fixado no enunciado 699 da Súmula daquela Corte.

3. Não obstante a impossibilidade de conhecimento do recurso de agravo, constata-se a existência de ilegalidade patente no aresto de segundo grau, passível de correção pela via do habeas corpus a ser concedido de ofício.

4. Tendo em vista o quantum de pena fixado para o acusado, no importe de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, com a pena-base no mínimo legal, e a pequena quantidade de droga apreendida, não há empecilho à fixação do regime inicial para cumprimento de pena aberto, tampouco à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício" (AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

03. À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. De ofício, concedo-o para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, que substituo por restritiva de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas no Juízo da Execução.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0228901-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 303.775 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011926220148260394 11926220148260394 21314626120148260000 7642014

EM MESA

JULGADO: 20/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOYCE CORREIA DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FABIO MATHEUS NOGUEIRA

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.