



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.684 - SP (2015/0043514-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/SC)  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : MÁRCIA REGINA GARUTTI  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : BRUNO JOSE DE PAULA (PRESO)

### EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 0,8 GRAMAS DE COCAÍNA, 18,3 GRAMAS DE MACONHA E 10,8 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

**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, confirmando a tutela de urgência: 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 pelo 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), 25 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 317.684 - SP (2015/0043514-0)**

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

**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**ADVOGADO : MÁRCIA REGINA GARUTTI**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : BRUNO JOSE DE PAULA (PRESO)**

### RELATÓRIO

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

**BRUNO JOSE DE PAULA** foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação interposta pela Defensoria Pública daquela unidade federativa (fls. 32/44).

Inconformada com o acórdão, impetrou ela o *habeas corpus* em exame, sustentando, em síntese, que: **a)** *"a substituição da pena corporal imposta por penas restritivas de direitos foi rechaçada pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo porque, segundo decidido, trata-se de medida que não se mostra cabível, suficiente e socialmente recomendável ante a natureza do delito"; b)* *"o paciente é primário e preencheu todos os requisitos legais para que lhe fosse imposto o regime prisional aberto, tanto que sua pena foi fixada no mínimo legal"* (fls. 1/15).

A liminar foi deferida (fls. 49/52).

Prestadas as informações (fls. 94/124), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 88/94).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 317.684 - SP (2015/0043514-0)**

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

**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**ADVOGADO : MÁRCIA REGINA GARUTTI**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : BRUNO JOSE DE PAULA (PRESO)**

### 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 primário e preencheu todos os requisitos legais para que lhe fosse imposto o regime prisional aberto, tanto que sua pena foi fixada no mínimo legal”, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

Assiste-lhe razão.

Reafirmo os fundamentos dos votos insertos nos acórdãos cujas ementas são parcialmente reproduzidas:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

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, 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 no acórdão impugnado:

"As penas foram corretamente fixadas e devem ser mantidas. Partindo-se das bases mínimas, a elas reduziu-se 2/3, por aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, totalizando um ano e oito meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis dias multa mínimos.

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos não se mostra cabível, suficiente e socialmente recomendável ante a natureza do delito, ainda equiparado a hediondo.

[...]

O regime prisional inicial fechado decorre de imposição legal" (fls. 39/43).

No caso em exame, ao réu foi aplicada pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Em seu poder foram apreendidos **0,8g de cocaína, 18,3g de maconha e 10,8g de crack** (fl. 20).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, e confirmando a decisão concessiva da tutela de urgência, 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 pelo Juízo da Execução.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0043514-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 317.684 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00927675320138260050 20140000782723 927675320138260050

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

#### **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. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : MÁRCIA REGINA GARUTTI                      |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : BRUNO JOSE DE PAULA (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 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.