



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.405 - SP (2014/0150908-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE GILBERTO VITOR JUNIOR (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 25 PORÇÕES DE CRACK E 3 DE MACONHA. 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). POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

01. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art. 105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi; HC n. 239.999, Rel. Ministra Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal (art. 654, § 2º), cumpre aos tribunais "*expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*". Por isso, deve o *habeas corpus* ser processado para aferição da existência de "*ilegalidade ou abuso de poder*" no ato judicial impugnado.

2. 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 dessa premissa, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07. (HC n. 118.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012).

Consequente, "*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 26/08/2014).

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, DJe 25/08/2014).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para:

a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial 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, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.405 - SP (2014/0150908-5)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSE GILBERTO VITOR JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

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

JOSÉ GILBERTO VITOR JÚNIOR foi denunciado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). No dispositivo da sentença, inscreveu o Juízo da 16ª Vara Criminal de Barra Funda/SP:

"Em face do exposto, julgo procedente a ação penal, condenado o réu JOSÉ GILBERTO VITOR JUNIOR, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhe as penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legal. Diante da natureza do delito de tráfico de drogas, equiparado ao crime hediondo, estabeleço o regime fechado para o início de cumprimento da pena corporal, considerando a vilania ínsita na conduta do réu. Demais disso, apesar de suspensa a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, de acordo com a Resolução nº 5/2.012, do Senado Federal, a natureza do delito - da qual acarreta conclusão de péssima conduta social e deturpado personalidade do agente - não se coaduna com a benesse almejada, impondo-se a rejeição do pleito defensivo, com supedâneo no artigo 44, inciso III, do Código Penal." (fls. 52/53)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso da Defensoria Pública daquela unidade federativa (fls. 67/76).

Não se conformando com o acórdão, manejou ela, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** "a C. Câmara do E. Tribunal de Justiça de São Paulo manteve o regime inicial fechado, fixando em primeira instância, com base, exclusivamente, no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, bem como fazendo referência à gravidade em abstrato do delito de tráfico, em que pese a menção às circunstâncias concretas"; **b)** "cabível, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, segundo artigo 44 do CP, considerando-se a primariedade do paciente" (fls. 1/5).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que fosse estabelecido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição dela por restritiva de direitos.

A liminar foi parcialmente deferida, para *“determinar ao Tribunal de origem que, afastado os óbices legais para imposição do regime fechado e da vedação da substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, proceda ao exame dos regimes prisionais adequados à espécie e a possibilidade das referidas substituições.”* (fl. 93)

Prestadas as informações (fls. 130/141 e 155/166), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, nos termos do pedido (fls.147/149).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.405 - SP (2014/0150908-5)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSE GILBERTO VITOR JUNIOR (PRESO)

VOTO

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

01. Na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* 277.224/RS, julgado em 02/10/2014, assentei:

"As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art.105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Min. Jorge Mussi; HC n. 239.999, Min. Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal (art. 654, § 2º), cumpre aos Tribunais '*expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*'" (DJe 14/10/2014).

O precedente se aplica ao caso em análise.

Não há como conhecer do *habeas corpus*, pois impetrado em substituição a recurso previsto na Constituição da República (art. 105). Porém, na petição inicial, é afirmado que o paciente sofre constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção. Deve, portanto, ser processado.

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

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 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, DJe 25/08/2014).*

A ementa é autoexplicativa. Nada lhe é necessário acrescentar.

À luz das premissas e teses jurídicas nela estabelecida, é forçoso concluir que assiste razão ao impetrante.

03. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De **ofício, concedo** a ordem para fixar o regime inicial 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: 2014/0150908-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.405 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00204981620138260050 20140000168119 204981620138260050 5242013 9962013

EM MESA

JULGADO: 10/02/2015

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. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE GILBERTO VITOR JUNIOR (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, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.