



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.120 - SP (2014/0197225-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO MENDONCA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 16 PEDRAS DE CRACK, 60 INVÓLUCROS DE COCAÍNA E 8 INVÓLUCROS 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). IMPOSSIBILIDADE 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.

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, Min. Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 118.840/ES, Min. 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, DJe 03/12/2014 e HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19/11/2014).

03. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificada a liminar, estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena.

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 301.120 - SP (2014/0197225-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO MENDONCA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

LUIZ FERNANDO MENDONÇA DA SILVA foi denunciado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). No dispositivo da sentença, inscreveu o Juiz da 18ª Vara Criminal do Foro Central de Barra Funda/SP:

"O réu não possui antecedente criminal devendo, assim, ter as penas-base fixadas no mínimo legal, ou seja, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Embora presente atenuante genérica pena fixada no mínimo não poderá sofrer diminuição aquém deste. Em que pese à gravidade da conduta, entendo ser possível a aplicação do disposto no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06, ou seja, proceder-se à diminuição da pena em dois terços, vedada a conversão em restritivas de direitos. Assim, as penas do acusado serão tornadas definitivas em um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa. Não procedo a substituição porque entendo que a quantidade e diversidade levam ao reconhecimento de que se assim procedesse seria inviável a ressocialização do agente que teria certeza, ademais, da impunidade. O valor do dia-multa será calculado no mínimo legal. O regime de cumprimento da pena é o fechado, diante da gravidade da conduta a ensejar uma maior reprimenda, e ainda, porque se assim não fosse estabelecido gerar-se-ia a certeza de impunidade, aliada, ainda, a diversidade de drogas, a reconhecer-se, portanto, maior reprovabilidade da conduta do agente. Não poderá o réu recorrer em liberdade, porque presentes os requisitos da prisão preventiva em especial qualquer indício de que tenha vínculo com o distrito da culpa e que não privará a aplicação da lei penal. Ante o exposto, e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação penal para o fim de CONDENAR LUIZ FERNANDO MENDONÇA DA SILVA, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2.006, ao cumprimento de um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, e recolhimento de cento e sessenta e seis dias-multa, calculados no mínimo legal." (fls. 19/20)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso interposto pela Defensoria Pública daquela unidade federativa. (fls. 21/26)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se conformando com o acórdão, manejou ela, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** *"a respeitável sentença de Primeiro Instância, apesar de reconhecer que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são favoráveis ao paciente, deixou de fixar regime mais brando para o cumprimento da pena"; b)* *"considerando que, ao paciente, pessoa primária, com bons antecedentes - foi aplicada pena inferior a quatro anos, é de rigor reconhecer-se o direito à conversão da pena privativa de liberdade imposta por pena restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, do Código Penal"* (fls. 1/14).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que fosse estabelecido o regime prisional aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua substituição dela por restritiva de direitos.

A liminar foi parcialmente deferida, para *"fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda"* (fls. 31/36).

Prestadas as informações (fls. 51/68 e 72/77), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem para *"fixar o regime inicial aberto ao paciente"* (fls. 78/89).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.120 - SP (2014/0197225-0)

RELATOR : **MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO MENDONCA DA SILVA (PRESO)

VOTO

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

01. Na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 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 exame.

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. Por isso, deve o *habeas corpus* ser processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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)".

Transcrevo, 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 Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 03/12/2014).

"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, DJe 19/11/2014).

As ementas são autoexplicativas. Nada lhes é necessário acrescentar.

À luz das premissas e teses jurídicas nelas estabelecidas, é forçoso concluir que assiste razão ao impetrante, quanto à possibilidade de fixação do regime prisional aberto.

Contudo, de acordo com o que preceituam os arts. 44 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, levando-se em consideração a natureza e variedade de drogas apreendidas – 16 pedras de “crack” (16 gramas), 60 invólucros de cocaína (92 gramas) e 8 invólucros de maconha (24 gramas) –, entendendo não ser cabível, no presente caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De **ofício**, **concedo** a ordem para, ratificada a liminar, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0197225-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.120 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00574811420138260050 0332013 11472013 20140000291064 332013
574811420138260050

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	: VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIZ FERNANDO MENDONCA DA SILVA (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.