



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.792 - SP (2014/0168605-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON DIEGO DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 0,17G DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) 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 “*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 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, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Min. 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. 118.840/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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. *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), 24 de março de 2015(data do julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.792 - SP (2014/0168605-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WELLINGTON DIEGO DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

WELLINGTON DIEGO DE OLIVEIRA foi denunciado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006).

Está inscrito no dispositivo da sentença e no acórdão, respectivamente:

"Julgo procedente a presente ação penal movida pela Justiça Pública contra Wellington Diego de Oliveira, para o declarar incurso nas sanções do artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/06, e, em consequência, condená-lo, como realmente o condeno, a cumprir, a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e a solver a pena pecuniária de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente na época dos fatos, com atualização em execução de sentença" (fl. 17).

"A materialidade delitiva, à luz do 'caput' do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ficou comprovada por meio do: 1. auto de exibição e apreensão (fls.07); 2. laudo de exame químico-toxicológico (fls.33/34) que apontou resultado positivo para 0,17g de cocaína, acondicionados em um invólucro plástico" (fl. 22).

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir parcialmente reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação interposta em favor do réu:

"Crime de Tráfico de drogas. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Comprovação da materialidade, da autoria e da finalidade de traficância. Sanção penal mantida" (21).

Não se conformando com o acórdão, a Defensoria Pública manejou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** "*tanto o M.M. Juiz de primeiro grau quanto a egrégia 3ª Câmara Criminal Extraordinária fixaram*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o regime inicial fechado sem fundamentar a decisão de forma idônea"; b) "a sentença não motivou o porquê da não-conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos" (fls. 01/11).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que seja *"declarada a nulidade da sentença de primeiro grau no capítulo relativo à fixação do regime e à não-conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em razão do déficit de fundamentação"* (fl. 12).

A liminar foi deferida para *"que o paciente aguarde o julgamento do mérito do presente habeas corpus em regime aberto, caso não se encontre em regime mais gravoso por outro motivo"* (fl. 36).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 47/52).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.792 - SP (2014/0168605-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WELLINGTON DIEGO DE OLIVEIRA (PRESO)

VOTO

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

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 – como sucede no caso em exame –, impõe-se seja processado para aferição da existência de “*ilegalidade ou abuso de poder*” no ato judicial impugnado (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).

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

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 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).

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.

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, 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: 2014/0168605-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 298.792 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00040430220098260022 20090040438 20140000079229 3092009 40430220098260022

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

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. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON DIEGO DE OLIVEIRA (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.