



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.111 - SP (2013/0100761-6)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAILA RUIZ

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 195,30g DE MACONHA. PENA FIXADA EM 4 (QUATRO) ANOS E 10 (DEZ) 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 ele processado para aferição da existência de "*ilegalidade ou abuso de poder*" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 227.152, 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*". 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).

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 estabelecer o regime semiaberto 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), 19 de março de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.111 - SP (2013/0100761-6)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LAILA RUIZ

RELATÓRIO

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

LAILA RUIZ foi denunciada por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). No dispositivo da sentença, inscreveu o Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP:

"Na primeira fase, considerando que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são favoráveis à acusada, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, embora reconhecida atenuante genérica da confissão espontânea, esta não deve produzir efeitos sobre as sanções, pois as circunstâncias dessa espécie não possuem o condão de permitir a fixação da reprimenda em patamar inferior ao mínimo legal (Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça).

Na derradeira etapa do sistema trifásico, tratando-se de agente primária, de bons antecedentes, que não se dedica, comprovadamente, a atividades ilícitas e não integra organização criminosa, há que se aplicar a minorante inscrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A esta altura, insta salientar que, a dosagem do índice da redução derivada dessa causa especial de diminuição de pena deve levar em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal como a situação de preponderância definida no artigo 42 da Lei Antidrogas.

Destarte, considerando que a agente foi surpreendida na posse de expressiva quantidade de 'maconha', insta aplicar-se à hipótese vertente a diminuição de 1/6 (um sexto).

Ao depois, presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas, mister exasperar-se as reprimendas em 1/6 (um sexto), de modo que totalizam quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão, mais pagamento de quatrocentos e oitenta e cinco dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado.

Diante do *quantum* de pena estabelecido, inviável falar-se na substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, ex vi do disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Por derradeiro, no tocante ao regime prisional imponible à espécie, mister fixar-se a modalidade inicial fechada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir parcialmente reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor da ré:

"Tráfico ilícito de entorpecentes. Recurso do MP para afastar a redução do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Impossibilidade - Teses defensivas para reduzir a pena aquém do mínimo, em razão da confissão - Afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 - Redução máxima pela aplicação do § 4º, do referido diploma legal - Fixação de regime aberto - Substituição da sanção corporal - Fixação de regime aberto - Substituição da sanção corporal por restritiva de direitos - Teses afastadas, mantida a r. sentença" (147).

Não se conformando com o acórdão, a Defensoria Pública manejou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que "*sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e inferior a 08 anos a quantidade de reprimenda aplicada, imperioso o regime inicial semiaberto para cumprimento da sanção corporal*" (fls. 1/6).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que seja estabelecido o regime prisional semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

A liminar foi indeferida (fls. 160/161).

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 170/174).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.111 - SP (2013/0100761-6)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LAILA RUIZ

VOTO

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

01. Na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 300.638/MS, julgado em 24/02/2015, assentei:

"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, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para o caso, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito que possam constranger ou constituir ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, impõe-se seja ele processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado. (STJ, HC 227.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma; STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma)

O precedente se aplica ao caso em exame.

Não há como conhecer do *habeas corpus*, porque substitutivo de recurso. Porém, deve 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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 quanto à possibilidade de fixação do regime prisional semiaberto.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0100761-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 268.111 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00686494420118260224 22952011 686494420118260224

EM MESA

JULGADO: 19/03/2015

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. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAILA RUIZ

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.