

**HABEAS CORPUS Nº 548.588 - RS (2019/0356952-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : MARCELO WINKELMANN  
**ADVOGADO** : MARCELO WINNKMELMANN - RS067785  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : SHEILA TAIS ANSCHAU (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de SHEILA TAIS ANSCHAU contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em segundo grau, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06).

O impetrante sustenta que a existência de condenação anterior sem trânsito em julgado não impede a concessão do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista o princípio da inocência. Também alega que o regime prisional está fundamentado na gravidade abstrata e na hediondez do delito.

Requer, em liminar e no mérito, a aplicação da minorante do § 4º e a fixação de regime mais brando.

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

De início, eis os fundamentos do Tribunal *a quo*:

*[...] O apenamento (tráfico de entorpecentes).  
Nesse passo, oportuno transcrever a dosimetria da pena,  
operada na sentença, verbis :*

[...]

III – SHEILA

a) Do Tráfico de Drogas A ré não registra antecedentes. Conduta social desconhecida. Personalidade com traços nítidos de deformação, porquanto já responde a outros processos por tráfico de drogas. Motivos comuns à espécie delitiva, ou seja, a obtenção de lucro através da mercancia de drogas. Circunstâncias e consequências sem conotação especial. Culpabilidade elevada, porquanto ausentes quaisquer motivos que possam atenuar a reprovabilidade de seu agir. Trata-se de pessoa dotada de plena consciência da ilicitude de seus atos, de quem seria exigível conduta diversa da praticada.

Considerando estas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em CINCO ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, a qual torno definitiva, à míngua de outras causas modificadoras.

Pena pecuniária de 500 dias-multa no menor valor unitário.

[...] Regime inicial fechado (art. 33, §2º, a, do CP).

[...]

*Relativamente aos réus Marcos e Sheila, embora contemple a decisão hostilizada inadequada valoração dos vetores atinentes à culpabilidade (pois não consignou o magistrado dado algum que permitisse considerar especialmente elevado o grau de reprovabilidade da conduta observada pelos acusados) e à personalidade (porquanto inapropriados os argumentos utilizados pelo juiz de primeiro grau, no particular), a expressiva quantidade, diversidade e lesividade – de duas - das drogas apreendidas (repisa-se: vinte e oito pedras de crack, pesando 12,25 gramas; uma porção de maconha, com peso de 264,6 gramas; e dezesseis porções de cocaína, pesando 65,16 gramas) justificam a pena base no patamar estabelecido na sentença (cinco anos e seis meses de reclusão), não havendo cogitar em ofensa ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, sustentada pela defesa técnica do denunciado Marcos, mesmo porque resulta fundamentada a determinação do apenamento básico, como visto.*

[...]

*De outra parte, inviável a observância da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, requerida pelos recorrentes Marcos, Sheila e Clederson.*

*Isso porque os dois primeiros figuram, cada um, como réus em processo outro, pela prática anterior de crime em que registram sentença condenatória (Marcos, pela venda de bebida alcoólica a criança ou adolescente, em continuidade delitiva, processo nº 2.18.0000291-0; e Sheila, pelo tráfico de drogas, processo nº*

**2.18.0003666-0**), circunstância impeditiva da observância da minorante em questão, pois inafastável a conclusão de que se dedicam às atividades criminosas (**Sheila, sobretudo, à narcotraficância**).

[...]

Por derradeiro, vai mantido o regime fechado para os acusados Marcos, Clederson e Sheila, diante do quantum do apenamento, da preponderância de quantidade, diversidade e lesividade (de duas) das drogas apreendidas (art. 42 da Lei nº 11.343/2006) e da regra posta no art. 33, § 3º, do Código Penal.

[...] (fls. 35/38).

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que condenação anterior por tráfico de drogas, sem trânsito em julgado, pode evidenciar a dedicação do indivíduo a atividades criminosas e, assim, impedir a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido:

*PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.*

*I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.*

*II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.*

*III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06*

*IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não*

*desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".*

*Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.*

(EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

Por outro lado, o regime fechado está devidamente fundamentado na gravidade concreta do delito, demonstrada pela natureza, diversidade e quantidade de drogas, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06 (*vinde e oito pedras de crack, pesando 12,25 gramas; uma porção de maconha, com peso de 264,6 gramas; e dezesseis porções de cocaína, pesando 65,16 gramas*) (fl. 37).

A propósito:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. 112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

*- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.*

*- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.*

*Habeas corpus não conhecido.*

(HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015).

[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.

**PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.**

[...]

**REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.**

*1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.*

*2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.*

*3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final.*

(HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 08/06/2016).

Ressalto que a previsão de manifestação do Ministério Público Federal antes do julgamento do *habeas corpus* (arts. 64, III, e 202, do RISTJ e art. 1º do Decreto-lei n. 522/69) não impede que o relator decida liminarmente a pretensão que se conforma com súmula ou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrária, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. JULGAMENTO DO MANDAMUS SEM A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSOLIDADA NA JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE.**

*O simples fato de o presente habeas corpus haver sido julgado sem a prévia manifestação do Ministério Público Federal não enseja a nulidade da decisão agravada, uma vez que se trata de matéria*

*consolidada na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não tendo sido apontados quaisquer prejuízos decorrentes da apreciação monocrática do processo. Precedentes.*

*[...]*

*3. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no HC 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)*

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA ANTES DA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PARECER MINISTERIAL. FUNÇÃO DE CUSTOS LEGIS. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM VIGOR. ENTENDIMENTO RATIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (AGRG NO HC 435.092/SP). AGRAVO NÃO PROVIDO.**

*1. Malgrado seja necessário, em regra, abrir prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do writ, as disposições estabelecidas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno desta Corte e no art. 1º do Decreto-lei n. 522/1969 não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente o habeas corpus.*

*2. Para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica. Precedentes.*

*[...]*

*8. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(AgRg no HC 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018)*

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA LIMINARMENTE ANTES DA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NULIDADE DO JULGADO NÃO EVIDENCIADA.**

*1. Embora seja necessária, em regra, a abertura de prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do habeas corpus, as disposições estabelecidas nos arts. 64, III, e 202 do RISTJ, e no art. 1º do Decreto-Lei n. 522/1969, não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente a impetração nos casos em que a decisão impugnada confrontar súmula do Superior Tribunal de Justiça ou a jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XX, do RISTJ).*

2. É imprescindível conferir maior celeridade ao writ para garantir a real efetividade da decisão judicial, sem a necessidade de prolongar a manifesta ilegalidade, sobretudo quando o constrangimento ilegal é perceptível já no primeiro olhar e afeta direta e imediatamente a liberdade de ir e vir do paciente.

3. Na espécie, o Tribunal de Justiça, ao prover o recurso ministerial, determinou a retificação do cálculo das penas, por considerar o crime de tráfico privilegiado como hediondo; entendimento este, em total dissonância com a jurisprudência do STF e do STJ.

4. Não é perceptível qual prejuízo teria o interesse público pela falta de interferência do Parquet antes da tomada da decisão. Aliás, o agravante nem sequer indicou eventual equívoco ou ilegalidade no decisum agravado.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 423.404/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

**PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PARQUET. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.**

1. A previsão regimental que cuida da abertura de vista ao Parquet antes do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado perante esta Corte (RISTJ, arts. 64, III, e 202) não retira do relator do feito a faculdade de decidir liminarmente a pretensão que se conforma com súmula ou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrária.

2. Interpretação do art. 557 do Código de Processo Civil (cuja aplicação subsidiária ao processo penal é autorizada pelo art. 3º do CPP), do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e do art. 34 do RISTJ, para dar maior efetividade à norma constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF, incluído pela EC n. 45/2004).

3. A decisão não conheceu do habeas corpus porque o posicionamento do Tribunal a quo encontra-se em perfeita consonância com a atual jurisprudência desta Corte no sentido de que a manutenção da pena restritiva de direitos no caso de nova condenação em regime fechado somente é possível na hipótese em que exista compatibilidade no cumprimento das reprimendas.

4. Ciência posterior do Parquet, situação que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 339.179/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DOS EDCL NO RESP N. 1.484.415/DF QUE RESSALVOU A NECESSIDADE DE AGUARDAR O ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática que concedeu liminarmente a ordem para permitir que a agravada aguarde em liberdade o julgamento dos embargos de declaração opostos no Tribunal de origem, suspendendo, até que ocorra a apreciação dos aclaratórios, a execução provisória da pena.

2. "Embora seja necessária, em regra, a abertura de prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do habeas corpus, as disposições estabelecidas nos arts. 64, III, 202 do RISTJ e no art. 1º do Decreto-Lei n. 522/1969 não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente a impetração nos casos em que a decisão impugnada confrontar súmula do Superior Tribunal de Justiça ou a jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XX, do RISTJ). É imprescindível conferir maior celeridade ao writ para garantir a real efetividade da decisão judicial, sem a necessidade de prolongar a manifesta ilegalidade, sobretudo quando o constrangimento ilegal é perceptível já no primeiro olhar e afeta direta e imediatamente a liberdade de ir e vir do paciente" (AgRg no HC n. 483.315/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019)

3. Com efeito, por ocasião do julgamento dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, ocorrido no dia 3/3/2016, a Sexta Turma deste Tribunal Superior concluiu pela validade da determinação de início imediato de execução provisória da pena após o esgotamento da jurisdição ordinária \_ o que não ocorreu na espécie.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 510.716/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 28/08/2019)

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimações necessárias.



# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator