



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.213 - SP (2009/0249745-7)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ ALFREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEIGO ERIVALDO NEVES BISPO
EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. ADMISSIBILIDADE.

1. Por meio do julgamento do HC 97.256/RS (01.09.10), o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*, da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, insculpida nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, aos delitos de tráfico de drogas com menor potencial ofensivo.

2. Esta Corte Superior adotou o entendimento de que a norma proibitiva não está em consonância com a Carta Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritiva de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos possíveis de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve-se reconhecer, ainda, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, que a estipulação do regime inicial da pena pode ser diverso daquele determinado pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a alteração pela Lei nº 11.464/07.

4. Ordem concedida, parcialmente, para determinar o regime inicial aberto e, de ofício, admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo o Juízo das Execuções Penais aferir o preenchimento dos requisitos legais para a possível conversão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, por unanimidade, em deferir parcialmente a ordem e em conceder Habeas Corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 06 de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.213 - SP (2009/0249745-7)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ ALFREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEIGO ERIVALDO NEVES BISPO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de HEIGO ERIVALDO NEVES BISPO, com pedido de liminar, em face de acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 11/15).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem proveu, em parte, o recurso, somente para diminuir a pena do paciente, fixando-a em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais 166 (cento e sessenta e seis dias-multa), em julgado assim ementado:

" Tráfico de entorpecentes - Caracterização.

Suficiente o acervo probatório composto por prova oral incriminadora, de rigor a manutenção da condenação.

Art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/06 - Desclassificação para o art. 28, da Lei nº 11.343/06 - Impossibilidade.

Provado o dolo genérico de traficar tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/06, não cabe a desclassificação para o art. 28, da Lei nº 11.323/06, observado que as demais circunstâncias que cercaram a prisão do acusado dão conta da caracterização do tráfico de droga."
(e-STJ fl. 17)

No presente *writ*, os Impetrantes alegam, em síntese, constrangimento ilegal, por estar o paciente condenado ao cumprimento da pena em regime inicialmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado.

Aduzem, ainda, que *"não basta a menção à hediondez do delito para que seja fixado regime mais gravoso, devendo haver fundamentação idônea a tanto"* (e-STJ fl. 05)

Postulam, liminarmente e no mérito, a fixação do regime aberto como inicial para o cumprimento da pena.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão proferida pelo e. Min. César Asfor Rocha às e-STJ fls. 28/29.

As informações solicitadas à autoridade apontada como coatora foram prestadas, conforme ofício acostado às e- STJ fls. 36/69.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 85/89).

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma, em 17.12.10.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.213 - SP (2009/0249745-7)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ ALFREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEIGO ERIVALDO NEVES BISPO
EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. ADMISSIBILIDADE.

1. Por meio do julgamento do HC 97.256/RS (01.09.10), o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*, da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, insculpida nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, aos delitos de tráfico de drogas com menor potencial ofensivo.

2. Esta Corte Superior adotou o entendimento de que a norma proibitiva não está em consonância com a Carta Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritiva de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos possíveis de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve-se reconhecer, ainda, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, que a estipulação do regime inicial da pena pode ser diverso daquele determinado pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a alteração pela Lei nº 11.464/07.

4. Ordem concedida, parcialmente, para determinar o regime inicial aberto e, de ofício, admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo o Juízo das Execuções Penais aferir o preenchimento dos requisitos legais para a possível conversão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.213 - SP (2009/0249745-7)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ ALFREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEIGO ERIVALDO NEVES BISPO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Busca-se, neste *writ*, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da pena, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Inicialmente, verifica-se que a irresignação referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi submetida à instância *a quo*, tornando inviável o seu conhecimento, em sede de *writ* impetrado perante esta Corte, sob pena de supressão de instância.

Não obstante, cumpre analisar, de ofício, o direito da paciente à substituição da reprimenda corporal, considerando que, ante o entendimento jurisprudencial unânime sobre a tese em apreciação, a possibilidade de alteração do regime prisional acarreta, necessariamente, o exame da questão referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Confira-se o julgado desta Corte que, igualmente, analisou, de ofício, a questão:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SENTIDO CONTRÁRIO AO ENTENDIMENTO DO STF. ORDEM NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

...omissis...

III. Hipótese na qual infere o flagrante constrangimento ilegal, vez que o Plenário do STF declarou, incidentalmente e por maioria de votos, a inconstitucionalidade das expressões "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constantes na Lei 11.343/06, mostrando ser possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

IV. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

V. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VI. Deve ser concedido habeas corpus de ofício para reformar o acórdão atacado, determinando ao juízo das execuções criminais que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a adequação do regime prisional.

VII. Ordem não conhecida e habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do Relator." (HC 192836/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 15/06/2011)

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em conformidade com o art. 44, do Código Penal, alterado pela Lei nº 9.714/98, existe a vedação expressa à concessão da aludida benesse nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, admitiu a hipótese supramencionada, sob o fundamento de que ao tráfico ilícito de entorpecentes, caracterizado pelo seu menor potencial ofensivo, deve ser dado tratamento diferenciado, em comparação com os demais delitos previstos na referida lei especial repressora, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da citada proibição, com efeitos *ex nunc*.

Confira-se o inteiro teor da ementa do precedente citado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente”

(HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Diante do posicionamento inaugural da Suprema Corte, em 01.09.10, este Superior Tribunal passou a adotar o mesmo entendimento, no sentido de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma proibitiva não está em consonância com a Carta Magna, sendo, portanto, admitida a substituição da pena por restritiva de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Nesse sentido:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, nos fundamentos da condenação criminal e da dosimetria da pena, em sede de recurso especial - questões que, ademais, demandariam o revolvimento do contexto fático-probatório -, preferindo a utilização do "writ" em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

IV. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

V. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

VI. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VII. Deve ser concedida a ordem de ofício para, determinar ao Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte/MG, que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como da adequação do regime prisional.

VIII. Ordem não conhecida e habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do relator." (HC 214701/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 14/10/2011)

De igual orientação: HC 141.362/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 03/05/2011 e HC 176.086/PE, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 07/04/2011.

No que concerne ao regime de cumprimento de pena, é firme o posicionamento da Quinta Turma deste Sodalício no sentido de que, sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também será a estipulação do regime inicial diverso daquele determinado pelo art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.

Confira-se o precedente:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."
(HC 196.199/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 14/04/2011)

No mesmo sentido: HC 174.772/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 04/05/2011 e HC 137.548/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011.

Ressalto que a referida orientação está em consonância com julgados proferidos pela Excelsa Corte:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida. " (HC 105779/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

Diante do reconhecimento, nas instâncias ordinárias, que o paciente preenche os requisitos preconizados no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o que resultou na redução da sua pena ao mínimo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, indiscutível, *in casu*, que se trata da figura de tráfico de menor potencial ofensivo, que não pode ser igualada ao crime de tráfico de entorpecentes equiparado aos hediondos previstos no art. 2º, *caput*, da Lei 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, a determinação do regime inicial fechado para os crimes hediondos ou equiparados não alcança o delito em exame, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Assim, sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena.

Portanto, resta evidenciado que o ato impugnado importou o constrangimento ilegal ao paciente, devendo ser cessado, cabendo ao Juízo das Execuções verificar os requisitos legais para a substituição, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância.

Pelo exposto, conheço do remédio heroico, concedendo, em parte, a ordem, para, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, determinar o cumprimento do regime inicial aberto. Concedo, ainda, de ofício, em razão da previsão legal do art. 44, do Código Penal, admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo o Juízo das Execuções Penais aferir o preenchimento dos requisitos legais para a possível conversão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0249745-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 158.213 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4682008

50080262163

990090536160

EM MESA

JULGADO: 06/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ALFREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEIGO ERIVALDO NEVES BISPO

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, deferiu parcialmente a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.