



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.732 - RS (2011/0254508-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUANA MORAES DA SILVA SILVEIRA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONCESSÃO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL *A QUO*. VEDAÇÃO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. A questão referente à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
3. Este Sodalício, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
4. O Tribunal de origem afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos concedida pelo Juízo das execuções com base, tão somente, na vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos tribunais superiores.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das execuções que concedeu ao paciente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.732 - RS (2011/0254508-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUANA MORAES DA SILVA SILVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUANA MORAES DA SILVA SILVEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravado em Execução n.º 70044401701).

Narra a impetração que a paciente foi condenada como incurso nas sanções previstas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado, por ter sido flagrada em 09/01/2009 portando 03 g da substância tóxica vulgarmente conhecida como "crack" (fl. 3).

O Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre, em 29.12.2010, substituiu a pena privativa de liberdade aplicada à paciente por duas restritivas de direitos, *in verbis*:

Na votação do Habeas Corpus n.º 92756/RS, j. em 26/08/2010. o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou "incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', contida no também aludido art. 44 do mesmo diploma legal", por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena.

Assim, vieram os autos conclusos para análise da substituição da pena privativa de liberdade imposta à apenada Luana Moraes da Silva Silveira, já tendo o Ministério Público e a defesa se manifestado às fls. 66/81.

Afasto, de plano, a alegação ministerial de que a decisão proferida não possui eficácia *erga omnes*, de sorte que, para aplicação do recente entendimento, imperiosa a suspensão da norma pelo Senado Federal, de acordo com o artigo 52, X, da Constituição Federal. Por se tratar de declaração de inconstitucionalidade, entendo que a recente orientação da Corte Suprema é de observância imediata pelas vias ordinárias, devendo ser aplicada, como garantia à segurança jurídica, aos casos similares.

Nesse sentido, a não suspensão pelo Senado Federal da cláusula declarada inconstitucional não obsta a aplicação imediata de seus efeitos, pois, afastado o óbice constante nos artigos 33, § 4º. e 44 da Lei n.º 11.343/2006, a análise da viabilidade da substituição da pena é medida que se impõe, sob pena de se retardar a jurisdição.

É esse o entendimento jurisprudencial:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A apenada foi condenada a 01 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado pela prática do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Na ocasião da prática delituosa, foi flagrada em posse de 3 g de cocaína, processada na forma de *crack*, distribuída em 21 pedras. Outrossim, não é reincidente em crime doloso, não apresenta antecedentes, sua conduta social e personalidade foram abonadas e os motivos do delito são inerentes ao tipo.

Diante desse contexto, considerando as circunstâncias do fato delituoso, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo equivalente ao saldo de pena a cumprir, e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, a qual tenho por suficiente à reprimenda do delito, diante das condições da apenada - mãe de dois filhos, semi-analfabeta e de situação econômica pobre (fl. 14) - e da quantidade de droga apreendida (fls. 48/49).

O Tribunal de origem, à unanimidade, deu provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público para desconstituir a decisão singular, fundamentado o seguinte:

Tenho que o recurso merece provimento.

Inicialmente, realço que não desconheço as recentes decisões do STF que entenderam pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos delitos de tráfico de drogas. Todavia, estas foram exaradas em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo efeitos somente *inter partes*, não havendo o que se falar que os seus efeitos alcançam a todos aqueles que foram condenados pelo mesmo delito (efeito *erga omnes*).

Outrossim, destaco que não houve manifestação do Senado Federal suspendendo a execução, no todo ou em parte, do referido dispositivo legal, conforme prevê o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal:

"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"

Logo, o artigo 44 da Lei 11.343/06 ainda continua vigorando.

Por fim, a sentença condenatória que não substituiu a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos já transitou em julgado, o que, ao meu juízo, configura ofensa à coisa julgada determinar a substituição da pena privativa por restritiva de direitos em sede de execução penal.

Dessa forma, a decisão atacada deve ser desconstituída (fls. 80/81).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante alega que a decisão do magistrado singular deve ser restabelecida, pois encontra-se "em perfeita harmonia com o entendimento desta Egrégia Corte Superior, já que a apenada é primária, de bons antecedentes, condenada a menos de 02 anos de reclusão, por tráfico de 21 (vinte e uma) pedras de *crack*, que pesavam aproximadamente 03,00g (três gramas)" (fl. 5/6)

Pugna seja concedido, de ofício, o regime aberto para o cumprimento da pena, ao argumento de que o caso dos autos é semelhante aos precedentes colacionados na inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de habeas corpus.

Requer, liminarmente e no mérito, o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que garantiu a paciente a substituição da pena, bem como a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

A liminar foi indeferida às fls. 89/91.

Foram prestadas informações às fls. 101/104, 106/120, 123/138 e 150/155.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Eitel Santiago de Brito Pereira, pela concessão da ordem (fls. 139/140).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.732 - RS (2011/0254508-6)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONCESSÃO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL *A QUO*. VEDAÇÃO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. A questão referente à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
3. Este Sodalício, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
4. O Tribunal de origem afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos concedida pelo Juízo das execuções com base, tão somente, na vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos tribunais superiores.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das execuções que concedeu ao paciente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, seja fixado o regime inicial aberto, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade imposta à paciente por restritiva de direitos.

Preliminarmente, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Verifica-se, inicialmente, que a questão referente à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Dessarte, não tendo sido a matéria em apreço enfrentada pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável a sua cognição por esta Corte Superior. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE.

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

- Os pedidos de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de modificação do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não podem ser conhecidos neste Tribunal Superior, já que não foram enfrentados na origem, sob pena de indevida supressão de instância.

- Não há ilegalidade na decisão impugnada que não conheceu das referidas questões, dado que necessário o reexame aprofundado das provas para análise dos pleitos, inviável na via eleita, e porquanto ausente situação excepcional a autorizar o uso do habeas corpus em substituição ao recurso próprio.

- "Não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permaneceu preso durante a instrução do processo, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da respectiva condenação, mormente quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar" (HC 245.975/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 7.12.2012).

- No caso, a custódia cautelar está devidamente motivada na garantia da ordem pública, diretamente ameaçada pela periculosidade do recorrente, revelada nas circunstâncias que envolveram o fato criminoso, dada a apreensão de variada e expressiva quantidade de entorpecentes (1.853,40g de maconha em 225 sacolés, 78,90g da substância entorpecente cocaína em 15 sacolés, além de 629 pedras de crack).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(RHC 36.497/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÍNIMO, MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA - 1,325 KG DE COCAÍNA. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR. 2. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza, a quantidade e a diversidade de droga apreendida, bem como as circunstâncias judiciais desfavoráveis, autorizam a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. Não tendo sido as matérias atinentes à fixação do regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, objeto de exame pelas instâncias anteriores, também não é possível a esta Corte Superior aferir eventual ilegalidade perpetrada, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida ao Superior Tribunal de Justiça, no art. 105 da Carta Magna, qual seja: analisar tema "decidido em única ou última instâncias pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão". Como quer que seja, a manutenção da pena tal como fixada não dá ensejo à referida substituição, devido ao não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

3. Recurso ordinário não provido.

(RHC 31.529/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 29/05/2013)

No mais, mister salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expandido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. 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.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, verifica-se que o Tribunal de origem afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos concedida pelo Juízo das execuções com base, tão somente, na vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos tribunais superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a vedação à substituição da pena, prevista no art. 44 da Lei de Drogas, foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a negativa de concessão da benesse, haja vista que, para verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Ante o exposto, não conheço do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das execuções que concedeu ao paciente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0254508-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 222.732 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120900013649 20900013649 537497 70033335720 70044401701

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : LUANA MORAES DA SILVA SILVEIRA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.