



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 105.956 - SP (2008/0099015-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
EMBARGANTE : PAULO ROBERTO BAILLO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO FIDELIS

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. OMISSÃO EXISTENTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A teor do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Atendidos os requisitos do art. 33, § 2.º, c, do Código Penal, e inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a hipótese é de concessão do regime prisional aberto ao Paciente.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Admitida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é incabível o benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, inciso III, do Código Penal.

6. Embargos acolhidos a fim de, mantida a condenação do Paciente, e considerando a reprimenda fixada em 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, estabelecer o regime prisional aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva, admitida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cujos requisitos deverão ser aferidos pelo Juízo das Execuções Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de março de 2011 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 105.956 - SP (2008/0099015-4)

EMBARGANTE : PAULO ROBERTO BAILLO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO FIDELIS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de embargos de declaração opostos por PAULO ROBERTO BAILLO, em face de acórdão proferido por esta Quinta Turma, que concedeu parcialmente a ordem no *habeas corpus* de minha relatoria, assim ementado, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO PACIENTE NÃO TER SIDO INTIMADO EM TEMPO HÁBIL PARA CONSTITUIR ADVOGADO ANTES DO CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 155, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO FULMINADA PELO FENÔMENO DA PRECLUSÃO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO COMPARECIMENTO DO ACUSADO. APLICAÇÃO DO ART. 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESE DE NULIDADE, POR FALTA DE MOTIVAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE, PELO NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DE DEFESA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCORRÊNCIA.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n.º 155), a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, que depende, para ser declarada, da demonstração de efetivo prejuízo.

2. Se a total ausência de intimação do advogado da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha não é nulidade absoluta, com maior razão a nulidade apontada constitui nulidade relativa.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

4. O art. 366, do Código de Processo penal confere ao Juiz condutor do feito, no caso de não ser conhecido o paradeiro do acusado, após a sua citação por edital, a possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

5. Não se presta como fundamentação apenas a mera referência ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo de lei que prevê a antecipação da produção de provas. O Magistrado deve declinar os motivos que, no caso concreto, demonstrem a necessidade da medida urgente, o que, entretanto, ocorreu no caso dos autos.

6. Depreende-se da sentença condenatória e do acórdão proferido pela Corte a quo que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na impetração, rechaçadas, direta ou indiretamente.

7. Embora seja necessário apreciar as teses ventiladas pela defesa, torna-se desnecessária a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário porém suficiente para embasar o julgado.

8. O disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente é aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no caput do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedente da Terceira Seção.

9. Uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

*10. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - **55 gramas de maconha** – milita em desfavor do Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja (1/2).*

11. Ordem parcialmente concedida tão-somente no que diz respeito à dosimetria da pena, redimensionando a reprimenda do Paciente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantido os demais termos da condenação." (fls. 661/662)

Afirma, inicialmente, o Embargante, que há omissão no referido julgado, pois no dia 07/10/2010 protocolou petição requerendo preferência no julgamento do writ, objetivando imediata a concessão do regime aberto de cumprimento da pena e ainda a substituição da pena privativa de liberdade por se tratar de crime cometido antes da vigência da Lei n.º 11.464/07.

Diante disso, alega que o acórdão proferido por esta 5.ª Turma acolheu em parte a impetração apenas para reduzir a reprimenda corporal para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da condenação. Sustenta, contudo que "*os demais termos da condenação não podem subsistir porque contrário à lei e Às decisões que reiteradamente vem sendo proferidas por este E. Superior Tribunal de Justiça.*" (fl. 665)

Aduz, ainda que o delito foi cometido antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, não sendo, portanto, admissível o regime integralmente fechado, como estabelecido na sentença condenatória e ratificado pelo Tribunal de origem.

Requer, assim, a concessão do regime aberto, ante o *quantum* da pena imposta ao Paciente, qual seja 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem assim a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade pro restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 105.956 - SP (2008/0099015-4)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. OMISSÃO EXISTENTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A teor do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Atendidos os requisitos do art. 33, § 2.º, c, do Código Penal, e inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a hipótese é de concessão do regime prisional aberto ao Paciente.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Admitida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é incabível o benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, inciso III, do Código Penal.

6. Embargos acolhidos a fim de, mantida a condenação do Paciente, e considerando a reprimenda fixada em 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, estabelecer o regime prisional aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva, admitida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cujos requisitos deverão ser aferidos pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Observa-se que, o Impetrante protocolou no dia 07/10/2010 petição requerendo preferência no julgamento do *wri*, para imediata concessão do regime aberto de cumprimento da pena e ainda a substituição da pena privativa de liberdade por se tratar de crime cometido antes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da vigência da Lei n.º 11.464/07.

Verifico, pois, na hipótese, a existência de omissão no julgado, na medida em que a prestação jurisdicional não foi entregue nos exatos termos dos pedidos.

Alega o Impetrante nos presentes embargos que o delito foi cometido antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, não sendo, portanto, admissível o regime integralmente fechado, como estabelecido na sentença condenatória e ratificado pelo Tribunal de origem. Requer, assim, a concessão do regime aberto, ante o *quantum* da pena imposta ao Paciente, qual seja 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A inconstitucionalidade ou não do regime integralmente fechado, previsto no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, foi apreciada e solucionada, em sede de controle de constitucionalidade difuso, pelo Supremo Tribunal Federal.

O Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou inconstitucional o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos, que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados.

Ademais, com a publicação da Lei n.º 11.464/07, restou, de vez, afastado do ordenamento jurídico, pelo legislador ordinário, o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

Na hipótese, o crime foi cometido em 31/01/2003, portanto, antes da Lei n.º 11.464/07, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 16 ANOS E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PALAVRA DA OFENDIDA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, TÃO SOMENTE PARA AFASTAR O ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS, PARA FIXAR O REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.

1. A negativa de autoria é incompatível com a via do Habeas Corpus, porquanto a alegação depende de reexame aprofundado de fatos e provas. Precedentes do STJ.

2. A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ.

3. ***A Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), suprimiu a vedação de progressão de regime para condenados por crimes hediondos ou equiparados, proibição esta já declarada inconstitucional pelo colendo STF.***

4. *Ordem parcialmente concedida, em conformidade com o parecer ministerial, tão-só e apenas, para fixar o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, afastando-se assim, o impedimento à progressão de regime." (HC 100.911/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 16/02/2009; sem grifo no original.)*

"HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, LATROCÍNIO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

1. *Não se vislumbra, na espécie, a alegada ofensa ao princípio do reformatio in pejus, pois, apesar de ter o Tribunal a quo fixado algumas das penas em quantidade superior ao determinado na sentença condenatória, em recurso exclusivo da defesa, reduziu a reprimenda, ao final, em quase 53 anos e 06 meses de reclusão, inexistindo, assim, qualquer agravamento na condenação do ora Paciente.*

2. *Com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.*

3. *Ordem denegada e, de ofício, concedida para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo e a sentença de primeiro grau, afastando da condenação a imposição do regime integralmente fechado." (HC 74.918/MG, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 23/06/2008.)*

Assim, atendidos os requisitos do art. 33, § 2.º, c, do Código Penal, e inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a hipótese é de concessão do regime prisional aberto ao Paciente.

Do mesmo modo, impende dizer que, após excluído, pelo Supremo Tribunal Federal, o único obstáculo à progressão de regime, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Ressalte-se que a substituição da pena privativa de liberdade é adequada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie, porquanto o Paciente é primário e teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que sua pena restou fixada no patamar mínimo.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento do Pretório Excelso:

"SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (STF, HC 84.928/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 11/11/2005.)

Igual entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei n.º 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, se aplicam aos crimes cometidos na vigência da Lei n.º 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. Segundo consta dos autos, o paciente é primário e portador de bons antecedentes, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Outrossim, não há provas de que se dedique a atividades criminosas ou integre tais organizações. De rigor, portanto, a incidência da referida causa de diminuição de pena.

3. Se as circunstâncias judiciais são favorável ao paciente e o delito foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, é viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

4. Habeas corpus concedido de um lado para, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, reduzir a pena imposta ao paciente pelo crime de tráfico, fixando-a em 1 (um) ano de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa; de outro lado, para estabelecer o regime aberto e substituir a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade." (HC 121.977/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Min. OG FERNANDES, DJe de 25/05/2009.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). RITO PROCEDIMENTAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTO NO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02 INOBSERVADO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE NÃO ACOLHIDA. PECULIARIDADES DO CASO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL AOS PACIENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. VERIFICAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. REGIME ABERTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. [...]

XV - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, em sua redação original, é inconstitucional.

XVI - Tendo em vista o entendimento acima, não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos, ou a elesequiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

XVII - Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, caput, da Lei nº 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de lex gravior, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência.

XVIII - Outrossim, faz-se necessário considerar a ocorrência de flagrante ilegalidade, pois foi fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, razão pela qual verifica-se a possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício.

XIX - In casu, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, os pacientes devem cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto, na hipótese de eventual descumprimento da pena restritiva de direitos (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida. Habeas corpus concedido de ofício para fixar o regime prisional inicial aberto." (HC 126.140/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 28/09/2009.)

Por fim, admitida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é incabível o benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, inciso III, do Código Penal.

Desse modo, a pretensão do Embargante nos presentes embargos declaratórios se mostra cabível, na medida em que existem omissões a serem sanadas no acórdão proferido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por esta Egrégia Turma.

Ante o exposto, ACOLHO os embargos de declaração a fim de, mantida a condenação do Paciente, e considerando a reprimenda fixada em 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, estabelecer o regime prisional aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva e admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cujos requisitos deverão ser aferidos pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0099015-4

EDcl no
HC 105.956 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11519363 1250120030067376 1492003

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO ROBERTO BAILLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO FIDELIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : PAULO ROBERTO BAILLO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO FIDELIS

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, acolheu os embargos, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.