



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.942 - SP (2013/0232769-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GONÇALVES MARQUES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, E 44 DA LEI 11.343/2006. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **In casu**, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. A determinação do regime inicial fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foram fundamentadas, pela sentença, no caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes e na vedação legal à substituição da pena, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006. O acórdão manteve a sentença, no particular, fulcrado na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal à substituição.

VII. Ao paciente, primário, foi fixada, pela sentença – mantida, pelo acórdão impugnado –, pena-base no mínimo legal, já que todas as circunstâncias judiciais foram-lhe consideradas favoráveis, e, à míngua de aplicação de atenuantes e agravantes, foi-lhe aplicada a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), resultando a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

VIII. A questão concernente ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, em crime de tráfico de entorpecentes, foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada, assim, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672, do STF.

IX. Em face do disposto na Súmula 440 do STJ, no sentido de que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito", faz jus o paciente, primário, ao regime inicial aberto. Precedentes.

X. Quanto ao benefício da substituição da pena, foi ele afastado, pelas instâncias ordinárias, em virtude da vedação legal, constante dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, e da gravidade abstrata do delito.

XI. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

XII. **In casu**, entretanto, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos concretos dos autos, para verificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal, pelo que, declarada inconstitucional a vedação legal à aludida substituição, deverá fazê-lo o Juízo das Execuções, na forma da jurisprudência do STJ.

XIII. **Habeas corpus** não conhecido.

XIV. Ordem concedida, de ofício, para confirmar a liminar que fixou o regime inicial aberto, para cumprimento da pena reclusiva do paciente, determinando que o Juízo da Execução, afastada a vedação legal à substituição, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006 – declarados inconstitucionais, pelo STF, no particular –, examine a viabilidade de substituir a pena privativa de liberdade do paciente por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.942 - SP (2013/0232769-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, impetrado em favor de DANILO GONÇALVES MARQUES, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal 0020183-82.2012.8.26.0224).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 1º Grau, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, **caput** e § 4º, da Lei 11.343/2006, negada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, em face da vedação legal (fls. 19/26e).

Em sede de Apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, mantendo incólume a sentença condenatória (fls. 50/55e).

Sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, em razão da recusa em aplicar as penas restritivas de direitos, em substituição à pena privativa de liberdade, e da fixação de regime prisional mais gravoso que o previsto em lei, fundada na gravidade abstrata do delito, em desacordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei. 8.072/90, e com a Súmula 440/STJ.

Alega que o paciente, primário, teve a pena-base fixada no mínimo legal, e a pena definitiva estabelecida em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, fazendo jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e à fixação do regime inicial aberto. Aduz que está custodiado desde 21/03/2012, já tendo cumprido quase 1 (um) ano e 4 (quatro) meses da pena, em 12/07/2013.

Pugna, assim, pelo deferimento do pedido de liminar, para que se determine a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente, permitindo-lhe aguardar, em liberdade, o julgamento do **writ**, ou para determinar a sua imediata transferência para o regime aberto. No mérito, pede a concessão da ordem, para que seja fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi deferido, em 15/07/2013, pelo Presidente do STJ, em exercício, Ministro GILSON DIPP, para "que o paciente aguarde o julgamento do mérito do presente **habeas corpus** em regime aberto, caso não se encontre preso em regime mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso por outro motivo" (fl. 63e).

Informações prestadas, a fls. 84/98e, pelo Tribunal de origem.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 101/103e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.942 - SP (2013/0232769-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, não obstante o presente **Habeas corpus** seja substitutivo de Recurso Especial, verifico flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da ordem, ainda que examinando a matéria, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Consta da sentença condenatória:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) Assim, reconhecida a ocorrência do delito e a responsabilidade do réu, passo à fixação da pena que lhe será imposta:

As circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 não são desfavoráveis ao acusado, eis que **não consta seja possuir de antecedentes criminais desabonadores** e as circunstâncias do crime são normais para o tipo. Diante disso, **fixo a pena base no mínimo legal, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.**

Na segunda fase do cálculo, não se verifica qualquer agravante. Presente a atenuante da menoridade relativa, o que, no entanto, nesta fase, não tem o condão de levar a pena para além do mínimo legal, no qual já fixada.

Na terceira fase, verifica-se a presença da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33. Dessa forma, presentes as circunstâncias previstas nessa norma, reduzo a pena anteriormente fixada no quantum de 2/3, totalizando um ano e oito meses de reclusão, e a pecuniária de cento e sessenta e seis dias-multa, que será a pena definitiva ante a inexistência de outras circunstâncias a serem consideradas.

Dada a natureza do crime, hediondo, entendo que o único regime de cumprimento de pena adequado e suficiente para início de cumprimento da pena é o fechado, sendo incabíveis quaisquer benefícios previstos no Código Penal nesta fase processual, em especial a substituição por restritivas de direitos, o que encontra expressa vedação legal.

Ante o exposto, e considerando tudo o que consta dos autos, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal, para CONDENAR o réu **DANILO GOLÇALVES MARQUES** como incurso no artigo 33, 'caput' da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe a pena de um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como o pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, calculados no piso legal, por não haver razões para sua exacerbação, considerando que não há notícia nos autos seja o réu possuidor de situação financeira que autorize a exacerbação da multa" (fls. 24/25e).

Depreende-se, do excerto, que a determinação do regime inicial fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foram fundamentadas, pela sentença, exclusivamente no caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes e na vedação legal à substituição da pena, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006.

No entanto, foi aplicado o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, tendo em vista o preenchimento, pelo paciente, dos requisitos legais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte de origem, ao negar provimento ao recurso defensivo, assim se manifestou:

"No tocante à aplicação da pena, a mesma não comporta reparos.

Atendendo ao disposto no artigo 59, do Código Penal e artigo 42, da Lei 11.343/2006, a pena base foi corretamente fixada no mínimo legal. Na fase intermediária, bem reconhecida a atenuante da menoridade relativa, que não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231, do STJ). Na fase derradeira, **a Magistrada 'a quo' aplicou o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), o que resultou na pena lançada na r. sentença, devendo ser mantida.**

O regime prisional fixado, qual seja, o inicial fechado, deve prevalecer, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. Ademais, referido regime é o único capaz de prover ressocialização ao inculpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.

Por fim, **não são recomendáveis a substituição ou a suspensão condicional da pena, por não serem suficientes para o caso em tela, vez que crime assemelhado a hediondo, demandando maior rigor punitivo.**

Do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, para que subsista a r. sentença condenatória**, por seus próprios e jurídicos fundamentos" (fls. 54/55e).

A questão concernente ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, em crime de tráfico de entorpecentes, foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada, assim, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672, do STF.

Esse entendimento passou a ser adotado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ: HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012, e HC 245.849/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 24/09/2012.

Nesse contexto, afastada a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado, em face da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11.464/2007, deve o julgador, quando da aplicação das penas, observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena reclusiva.

Ao paciente, primário (fl. 24e), foi fixada, pela sentença – mantida pelo acórdão impugnado –, pena-base no mínimo legal, já que todas as circunstâncias judiciais foram-lhe consideradas favoráveis, e, à míngua de aplicação de atenuantes e agravantes, foi-lhe aplicada a causa de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), resultando a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

A teor do disposto na Súmula 440 do STJ, no sentido de que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito", faz jus o paciente ao regime inicial aberto, que lhe foi fixado pela decisão liminar.

Aplicam-se, ainda, **in casu**, as Súmulas 718 e 719, ambas do STF:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Nesse sentido, confirmam-se, ainda, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, 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. Decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto).

3. Mister considerar os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz 'na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

4. A condenação por tráfico de 4,77 g de crack e 0,66 g de cocaína, estabelecida a pena-base no mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, diante da reprimenda final de um ano e oito meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida, acolhido o parecer, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea 'c' e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções Criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação" (STJ, HC 176.664/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 08/09/2011).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. PRECEDENTES.

1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 - que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado -, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

4. No caso em apreço, mostra-se adequada a substituição da pena, já que o Paciente é reconhecidamente primário, possui bons antecedentes e teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que sua pena-base restou fixada no patamar mínimo.

5. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda e substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso. Prejudicada a análise do pedido de reconsideração da liminar" (STJ, HC 167.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 09/03/2011).

Quanto ao benefício da substituição da pena, foi ele afastado, pelas instâncias ordinárias, em virtude da vedação legal, constante do art. 44 da Lei 11.343/2006, e da gravidade abstrata do delito (fls. 25e e 55e).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A partir de então, o STJ passou a adotar o mesmo posicionamento: AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010, e EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010.

Vale ressaltar que, desde 15/02/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal, **in verbis**:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal nos autos do **Habeas Corpus** nº 97.256/RS.
Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."

Por oportuno, trago à colação os critérios estabelecidos pelo art. 44 do Código Penal, para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998).

In casu, entretanto, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos concretos dos autos, para verificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal, pelo que, declarada inconstitucional a vedação legal à aludida substituição, deverá fazê-lo o Juízo das Execuções, na forma da jurisprudência do STJ.

Por fim, esclareço que, preso o paciente desde 21/03/2012, há previsão de término de cumprimento de sua pena em 21/11/2013.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial. Porém, **concedo** a ordem, de ofício, para, confirmar a liminar que fixou o regime inicial aberto, para cumprimento da pena reclusiva do paciente, determinando que o Juízo da Execução, afastada a vedação legal à substituição, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006 – declarados inconstitucionais, pelo STF, no particular –, examine a viabilidade de substituir a pena privativa de liberdade do paciente por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0232769-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 273.942 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00201838220128260224 201838220128260224 3092012 6722012

EM MESA

JULGADO: 24/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GONÇALVES MARQUES

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

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 Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.