



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.011 - SP (2012/0166102-1)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : **VIVIAN MONSEF DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CINEIDE SANTANA CARNEIRO**

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS RIGOROSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO EVIDENTE. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço, em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão de o delito de tráfico ser equiparado a crime hediondo, ocasionando ilegalidade manifesta.

3. Considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação da paciente - tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis, ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços) -, deve ser estabelecido o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

4. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, fica manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetida a paciente, uma vez que o aludido benefício foi negado com base apenas na vedação legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

5. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido de ofício para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, afastando o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas, possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.011 - SP (2012/0166102-1)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Cineide Santana Carneiro, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no Tribunal **a quo** e a Terceira Câmara de Direito Criminal, em julgamento unânime, negou provimento, mantendo inalterada a sentença condenatória.

Por isso o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante, em síntese, ausência de fundamentação idônea para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, asseverando que a paciente preenche os requisitos contidos no art. 44 do Código Penal.

Afirma, ainda, a possibilidade de imposição de regime prisional diverso do fechado para os casos de tráfico privilegiado - aquele que incide a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 -, notadamente porque a fixação do regime fechado de forma obrigatória ofende os princípios da "individualização da pena e da humanidade da reprimenda" (fl. 7).

Postula, assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a a fixação do regime prisional aberto.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 181/182.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Célia Mendonça, opinou pela concessão da ordem, em parecer sumariado nos seguintes termos (fls. 190/194):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO DELIBERADA PELO TRIBUNAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OBRIGATORIEDADE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO PRETÓRIO EXCELSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

*A ausência de deliberação pelo eg. Tribunal **a quo** quanto ao regime de cumprimento inicial da pena impede o conhecimento do **writ** quanto a essa matéria, sob pena de supressão de instância.*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, no julgamento do HC nº 111.840/ES, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que estabelecia a obrigatoriedade do regime fechado para o início do cumprimento da pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

E possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Inviável a imediata fixação do regime aberto e substituição da pena por restritivas de direitos, eis que não foram analisados pelas instâncias ordinárias os requisitos previstos nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44 do Código Penal.

*Parecer pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pela concessão da ordem para afastar o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Juízo da Execução aferir as condições exigidas pela norma de regência, concedendo **habeas corpus** de ofício no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena, ficando a cargo do Juízo da Execução a análise dos requisitos do art. 33 do Código Penal.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.011 - SP (2012/0166102-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **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". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam, para sua identificação e correção, o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC n.º 239.957/TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/6/2011 e HC n.º 201.483/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27/10/2011).

Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inc. LXVIII, passo a análise das questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Inicialmente, cumpre asseverar que, nada obstante fosse previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007 - que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 -, o certo é que, a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão, o Superior Tribunal de Justiça passou a adequar o regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que fossem observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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 regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.*

Neste julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade do indivíduo".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.

Consoante se depreende da sentença condenatória (fl. 106), o regime fechado foi estabelecido apenas em razão de o delito de tráfico ser equiparado a crime hediondo. Veja-se:

O regime é inicial fechado por mandamento da Lei 8072/90 alterada pela lei 11.464/07.

Assim, imperioso ser sanado o flagrante constrangimento ilegal ocasionado à paciente, o que passo a fazer desde já: considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação da paciente - tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis, ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços) -, entendo que deve ser estabelecido o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

Quanto à negativa da substituição da pena, também vislumbro a eiva sustentada.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **Habeas Corpus** nº 97.256/RS, reconheceu a inconstitucionalidade da vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, trazida pela Lei nº 11.343/2006, entendendo, assim, ser possível a conversão da pena reclusiva pela restritiva de direitos, sempre que presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

No mesmo sentido, consolidou-se o entendimento desta Corte Superior, conforme se pode depreender dos seguintes precedentes:

A - (...)

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.
2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
3. **Habeas corpus** parcialmente concedido para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta. (HC nº 203.622/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 29/2/2012)

B - PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. É imperioso ter em linha de consideração 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".
3. A condenação por tráfico de 2,1 g (dois gramas e um decigrama) de cocaína, fixada a pena-base no mínimo legal, diante da reprimenda final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.
4. Ordem concedida 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. (HC nº 203.989/SP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 15/2/2012)

Na hipótese, o Juízo de primeiro grau, ao negar a concessão do benefício ao paciente, assim se manifestou (fl. 106):

Deixo de aplicar o artigo 44 do Código Penal, uma vez que, por ser crime assemelhado a hediondo e ter o mesmo tratamento, é incompatível permitir tal benesse uma vez que a vontade do legislador é de tratamento mais severo (Sic).

Como visto, contrariando a jurisprudência amplamente dominante sobre o tema, as instâncias ordinárias entenderam não ser cabível, no caso em tela, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob o único fundamento da vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, mostrando-se, assim, manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetida a paciente.

Com efeito, tratando-se de sanção inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com a pena-base fixada no mínimo legal, sendo a paciente primária e o crime cometido sem violência ou grave ameaça, entendo ser de rigor a substituição da pena reclusiva por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 44 do Código Penal.

Diante do exposto, não conheço da presente impetração. Concedo, contudo, a ordem do **habeas corpus** de ofício, para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, afastando o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas, possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0166102-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 251.011 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 493805620118260050 50100493800 9562011

EM MESA

JULGADO: 21/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VIVIAN MONSEF DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CINEIDE SANTANA CARNEIRO

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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.