



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.706 - MG (2011/0311929-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EZENILDO FRANCISCO BISPO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - **193,11 g (cento e noventa e três gramas e onze decigramas) de crack**.

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA PELA CORTE ESTADUAL. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO EM PARTE DEMONSTRADO.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deferida pela Corte impetrada, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, apenas **para afastar a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinando-se que o Juízo das Execuções analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais benéfico ao paciente.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 05 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.706 - MG (2011/0311929-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EZENILDO FRANCISCO BISPO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de EZENILDO FRANCISCO BISPO DOS SANTOS contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 1.0701.10.034076-2/001, interposta pela defesa, apenas para conceder ao paciente a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos e a isenção de custas processuais, mantendo os demais termos da sentença que o condenou à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pelo cometimento do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 teria sido aplicada na fração de 1/3 (um terço) sem motivação idônea que justificasse a escolha de redutor em patamar inferior ao máximo previsto em lei, acrescentando que o Tribunal *a quo* teria inovado na fundamentação quanto ao ponto, em sede de recurso exclusivo da defesa.

Argumenta que a qualidade e quantidade de droga não poderiam ser sopesadas quando da escolha da fração do redutor de pena pela aplicação da referida minorante, tendo em vista que tais circunstâncias já teriam sido valoradas quando da fixação da reprimenda-base, sob pena de ocorrer o indevido *bis in idem*.

Assevera que sendo o paciente primário, não ostentando maus antecedentes, não integrando organização criminosa e nem se dedicando a atividades ilícitas, faria jus à redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no seu grau máximo de 2/3 (dois terços).

Defende ainda que deveria ter sido fixado regime mais brando ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, isto porque, tratando-se de *"tráfico privilegiado (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06)"*, não seria aplicável o rigor da Lei nº 8.072/90, devendo ser observada a regra do artigo 33 do Código Penal para a escolha do modo inicial de resgate da reprimenda (fls. 7).

Afirma, ainda, que caso seja provido o requerimento de aplicação do patamar máximo de diminuição da pena, poderia ser fixado o regime aberto para o início de cumprimento da sanção, a teor do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Requeru, liminarmente e no mérito, que fosse aplicada a causa de redução do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, e que, após aplicada esta redução e realizada nova fixação da reprimenda, fosse estabelecido o regime inicial aberto para seu resgate.

A liminar foi indeferida por decisão da Presidência deste STJ.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.706 - MG (2011/0311929-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 21-9-2010, trazia consigo, para fins de difusão ilícita, *"04 (quatro) porções grandes de substância semelhante a 'crack', 01 (um) aparelho celular, marca Samsung e a quantia de R\$ 461,00 (quatrocentos e sessenta e um reais)"* sendo certo que *"as pedras apreendidas com o denunciado, na totalidade, somaram 193,11 gramas"* (fls. 9 e 10).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, a qual foi parcialmente provida, apenas para conceder ao paciente a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos e a isenção de custas processuais, mantendo-se, no mais, o édito condenatório.

Quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não em 1/3 (um terço), como procedido pelas instâncias ordinárias, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, *"[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução"* (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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"*.

In casu, verifica-se que o juiz sentenciante fixou o patamar de 1/3 (um terço) para a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o que foi mantido pela Corte impetrada, *"diante da quantidade e natureza da substância apreendida"*

(fls. 178).

Por essas razões, não se pode considerar ilegal a sentença condenatória no ponto em que não aplicou a fração máxima legalmente prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, nem o acórdão objurgado no ponto em que a manteve, tendo em vista que a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida em poder do paciente, **"04 grandes porções de crack, pesando cerca de 200 g (duzentos gramas)"** (acórdão - fls. 176), justificam a aplicação da fração de 1/3 (um terço), sobretudo diante da nocividade da referida substância entorpecente.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade (81,97 g) e a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente ("crack"), cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, pois dotada de alto poder viciante e de maior perniciosidade à saúde pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Ordem denegada.*

(HC 163.677/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 29/02/2012)

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).

Aliás, mesmo que assim não fosse, da leitura da sentença condenatória infere-se que a pena-base do paciente findou aplicada no patamar mínimo legalmente previsto para o tipo violado, ou seja, não houve a consideração da quantidade de droga na primeira etapa da dosimetria (fls. 110), inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade a ser reparada quanto ao ponto.

Melhor sorte não socorre a impetrante no referente à alegada ocorrência de inovação na fundamentação pelo órgão julgador de segunda instância, posto que, da leitura do acórdão objurgado, infere-se que a Corte impetrada em momento algum complementou os fundamentos descritos no édito condenatório, tendo apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluído a partir do contexto das provas carreadas nos autos que o patamar de diminuição da pena escolhido pelo juiz sentenciante estaria devidamente justificado.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, verifica-se que o Juízo singular escolheu o modo mais gravoso para o início do resgate da sanção, *"nos termos do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90 com a redação dada pela Lei 11.464/07"* (fls. 111).

A Corte Estadual, por sua vez, apesar de haver provido parcialmente o apelo defensivo deferindo ao paciente o benefício da substituição da reprimenda reclusiva por penas alternativas, entendeu devida a manutenção do regime inicialmente fechado estipulado na sentença, *"tendo em vista tratar-se de delito equiparado a hediondo"* (fls. 178).

É certo que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 estabelece a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas. Entretanto, a jurisprudência das Turmas componentes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento no sentido de que, *"nos casos possíveis de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve-se reconhecer, ainda, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção, que a estipulação do regime inicial pode ser diverso daquele determinado pelo art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, com a alteração pela Lei nº 11.464/07"* (REsp 1275705 Relator(a) Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) Data da Publicação 07/12/2011).

Nesse mesmo norte, tem-se ainda os seguintes precedentes da Quinta Turma:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR 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. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Paciente, presa em flagrante delito por trazer consigo, para fins de tráfico, 12 (doze) invólucros plásticos com "cocaína", pesando aproximadamente 5,3 gramas, foi condenada às penas de 01 (um) ano e 08(oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, como incursa no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. **O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.**

4. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 220.829/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011 - destacamos)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF.

REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS A SEREM ANALISADOS PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vulgarização do habeas corpus.

II. Na hipótese, apesar de a condenação ter transitado em julgado e o impetrante não ter se insurgido em sede de recurso especial, quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, resta configurada flagrante ilegalidade, referente a questão pacificada nesta Corte, que, inclusive, já foi incidentalmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, autorizando o exame do mérito.

III. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre a matéria, no julgamento HC n.º 97.256 -RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tendo declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

IV. Afastado o óbice previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, deve ser reformado o acórdão recorrido e a sentença condenatória, a fim de que o Juízo sentenciante verifique a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo-se a condenação.

V. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do Relator.

(HC 205.781/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 26/08/2011 - negritamos)

E, da Sexta Turma, tem-se:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, AMBIGUIDADE OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. **Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. In casu, o acórdão que, diante da pena-base fixada no mínimo legal, e, com a reprimenda final estabelecida em um ano e oito meses de reclusão, fixa o regime inicial aberto, encontra-se em sintonia com a jurisprudência das duas Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Pretório Excelso. Ademais, com a declaração de inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, seria ilógico**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviabilizar-se a fixação do regime inicial diferente do fechado.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 214.961/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 17/11/2011 - grifamos)

Do Supremo Tribunal Federal, em igual vértice:

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

(HC 105779, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)

Como bem anotou o Relator do HC 205.781/PR, Excelentíssimo Senhor Ministro Gilson Dipp, quando do julgamento do writ, cuja ementa foi acima transcrita:

Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07 mas tão somente de adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Assim, consoante o novo entendimento jurisprudencial acerca do tema, que agora passo a acompanhar, **sempre que possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, deferida pela Corte impetrada, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena**, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade.

Diante de todo o exposto, **concede-se parcialmente a ordem, para**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastar a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise a eventual possibilidade de fixação de regime inicial mais benéfico ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0311929-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.706 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10701100340762001 340762332010 701100340462

EM MESA

JULGADO: 05/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : EZENILDO FRANCISCO BISPO DOS SANTOS (PRESO)

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.