



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.716 - SP (2010/0052581-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ALESSANDRA SILVA TAMER SOARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALMEIDA PALÁCIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA NOVA LEI. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. APLICABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. DIREITO AO REGIME ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 - SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA, INCLUSIVE, DE OFÍCIO.

1. Não merece ser conhecida a alegação segundo a qual o Paciente seria inocente das acusações, tampouco o pleito de desclassificação do delito previsto no art. 33, *caput*, para o 28, *caput*, do mesmo Diploma Legal, na medida que o seu exame demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. Verificado que o delito foi cometido sob a égide da nova Lei n.º 11.343/06, e uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos previstos no seu art. 33, § 4.º, é de rigor a aplicação da aludida causa de diminuição, não se tratando de mera faculdade do julgador.

3. Os parâmetros fixados no art. 42 da citada Lei devem ser utilizados pelo magistrado não como forma de vedar a aplicação da minorante, mas como critério para o estabelecimento do *quantum*, ou seja, do grau de redução que, *in casu*, varia de 1/6 a 2/3.

4. Na espécie, à luz do art. 42 do mesmo Diploma Repressivo, diante da variedade, natureza e da pequena quantidade das drogas apreendidas (08 papелotes de "cocaína", pesando 4,3 gramas e dois papелotes de "maconha", pesando 3,3 gramas), faz jus o Paciente ao grau médio de redução, qual seja: 1/2.

5. 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, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encarceramento.

7. No caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, preenche o ora Paciente os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, por conseguinte, faz jus ao regime inicial aberto.

8. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa. Concedida, ainda, a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, e substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

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, deferir parcialmente o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.716 - SP (2010/0052581-1)

IMPETRANTE : ALESSANDRA SILVA TAMER SOARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALMEIDA PALÁCIO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO ALMEIDA PALÁCIO, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a Impetrante que o Paciente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, foi absolvido, em primeira instância, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Todavia, em sede de apelação interposta pelo órgão ministerial, foi condenado nos termos da denúncia, à pena de 05 anos de reclusão.

Alega, em suma, (i) a incidência, na espécie, da minorante inserta no art. 33, § 4.º, da nova Lei de Tóxicos – Lei n.º 11.343/2006, na medida em que o Paciente preenche todos os requisitos legais; e (ii) a fragilidade da prova para sustentar a condenação.

Requer, pois, inclusive em sede liminar, seja absolvido o Paciente, à luz do princípio *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, pede a desclassificação do delito previsto no art. 33, *caput*, para o 28, *caput*, do mesmo Diploma Legal. Caso contrário, pugna pela redução da pena com a aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 233/234.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 240/243, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.716 - SP (2010/0052581-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA NOVA LEI. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. APLICABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. DIREITO AO REGIME ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 - SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA, INCLUSIVE, DE OFÍCIO.

1. Não merece ser conhecida a alegação segundo a qual o Paciente seria inocente das acusações, tampouco o pleito de desclassificação do delito previsto no art. 33, *caput*, para o 28, *caput*, do mesmo Diploma Legal, na medida que o seu exame demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. Verificado que o delito foi cometido sob a égide da nova Lei n.º 11.343/06, e uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos previstos no seu art. 33, § 4.º, é de rigor a aplicação da aludida causa de diminuição, não se tratando de mera faculdade do julgador.

3. Os parâmetros fixados no art. 42 da citada Lei devem ser utilizados pelo magistrado não como forma de vedar a aplicação da minorante, mas como critério para o estabelecimento do *quantum*, ou seja, do grau de redução que, *in casu*, varia de 1/6 a 2/3.

4. Na espécie, à luz do art. 42 do mesmo Diploma Repressivo, diante da variedade, natureza e da pequena quantidade das drogas apreendidas (08 papелotes de "cocaína", pesando 4,3 gramas e dois papелotes de "maconha", pesando 3,3 gramas), faz jus o Paciente ao grau médio de redução, qual seja: 1/2.

5. 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, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

6. 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.

7. No caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, preenche o ora Paciente os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, por conseguinte, faz jus ao regime inicial aberto.

8. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa. Concedida, ainda, a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, e substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

VOTO

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

De início, não merece ser conhecida a alegação segundo a qual o Paciente seria inocente das acusações, tampouco o pleito de desclassificação do delito previsto no art. 33, *caput*, para o 28, *caput*, do mesmo Diploma Legal, à luz do princípio *in dubio pro reo*, na medida que o seu exame demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

Sustenta, ainda, o Impetrante a aplicabilidade, na espécie, do disposto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

Compulsando os autos, verifica-se que o Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso ministerial, condenou o Paciente pelo delito de tráfico de drogas, deixando, contudo, de aplicar a minorante prevista no aludido dispositivo.

Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos, *ad litteram*:

"As penas ficam fixadas no mínimo (cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso), à falta de outras causas de modificação.

Outrossim, não há se falar da redução prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, diante da natureza e quantidade da droga apreendida, devendo prevalecer o que estabelece o artigo 42 da mesma lei."

Na hipótese em tela, verifica-se que o delito foi cometido sob a égide da novel legislação – Lei n.º 11.343/06.

Ao contrário do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do citado artigo – em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa –, é mister a aplicação da aludida causa de diminuição.

É certo que a lei dispõe que "*as penas **poderão** ser reduzidas*" (grifos acrescidos). Todavia, cuida-se, à toda evidência, de regra proibitiva, nas hipóteses de o réu não preencher os requisitos, e mandatória, no caso de o réu preenchê-los, não decorrendo, na última hipótese, pois, de mera discricionariedade do juiz, mas de verdadeiro direito subjetivo do apenado.

Os parâmetros fixados no art. 42 da citada Lei devem ser utilizados pelo magistrado não como forma de vedar a aplicação da minorante, mas como critério para o estabelecimento do *quantum*, ou seja, do grau de redução que, *in casu*, varia de 1/6 a 2/3.

Na espécie, à luz do art. 42 do mesmo Diploma Repressivo, diante da variedade, natureza e da pequena quantidade das drogas apreendidas (08 papérolas de "cocaína", pesando 4,3 gramas e dois papérolas de "maconha", pesando 3,3 gramas), faz jus o Paciente ao grau médio de redução, qual seja: 1/2.

Assim, compulsando os termos do mesmo acórdão, verifica-se que a pena-base restou fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, ausentes atenuantes, agravantes ou causas de aumento a serem consideradas, ficam as penas quantificadas em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa.

Em face da diminuição da pena ora implementada, faz jus o Paciente ao regime aberto e à substituição das penas.

Quanto à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (STF, HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena – não obstante o regime inicial fechado seja imposto 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n.º 8.072/90 –, a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, impõe-se, neste caso, a adequação também do regime, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"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." (STF, HC 105.779/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou 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 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação 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 que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."
(HC 196.199/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro Gilson Dipp, por ocasião do julgamento acima referido:

"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.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições."

Recentemente, desde 15/02/2012, a discussão perdeu sentido, em virtude da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da mencionada vedação, *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 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."*

No caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, preenche o ora Paciente os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, por conseguinte, faz jus ao regime inicial aberto.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do *writ* e, nessa parte, CONCEDO a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em **02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa**. Outrossim, CONCEDO, DE OFÍCIO, a ordem para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, substituindo a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0052581-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 166.716 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11913873

50070414769

8022007

993080147949

EM MESA

JULGADO: 26/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. FATIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALESSANDRA SILVA TAMER SOARES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FERNANDO ALMEIDA PALÁCIO (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.