



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.223 - SP (2012/0193784-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : GIORDANO ROBERTO DO AMARAL REGINATTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO ROGÉRIO SAMPAIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE, EM CONSONÂNCIA COM O PRETÓRIO EXCELSO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 12 G. (DOZE GRAMAS) DE COCAÍNA. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, PORÉM, CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

1. Como já é de amplo conhecimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência da Suprema Corte e deste Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Entretanto, a impetração de *writ* substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não impede a concessão de ordem de ofício em situações de flagrante ilegalidade – o que se verifica na hipótese.

3. Caso em que o Paciente foi preso em flagrante no dia 19/11/2011, abordado com a **quantidade de 12 (doze) gramas de cocaína**, e posteriormente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas. Também não teve reconhecido o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

4. Não é possível determinar a *incontinenti* soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente enquanto tramitava o processo-crime, em razão do entendimento "*de que não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar*" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08). Assim, é de se manter a execução provisória da pena, contudo, com os ajustes determinados na presente deliberação.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

6. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu *"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"*.

7. Impetração não conhecida. Ordem de *habeas corpus*, entretanto, concedida de ofício, tão somente para fixar como regime prisional inicial o aberto, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, ficando a cargo desse mesmo Juízo o exame do preenchimento por parte do Paciente dos requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.223 - SP (2012/0193784-9)

IMPETRANTE : GIORDANO ROBERTO DO AMARAL REGINATTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO ROGÉRIO SAMPAIO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO ROGÉRIO SAMPAIO, contra decisão proferida pelo Desembargador-Relator do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu a liminar requerida nos autos da impetração originária.

Colhe-se nos autos que o Paciente foi abordado com a **quantidade de 12 (doze) gramas de cocaína**, e posteriormente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas. Também não teve reconhecido o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

Alega o Impetrante, em suma, que a hipótese é de superação do entendimento sedimentado na Súmula n.º 691/STJ, pois o Paciente tem direito a aguardar o solto o trânsito em julgado da condenação.

Requer, liminarmente, seja expedido alvará de soltura. No mérito, a confirmação da liminar, além da fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Às fls. 56/59, deferi, em parte, o pedido de medida urgente, para determinar **tão somente**, até o julgamento final do presente *writ*, **a transferência do Paciente para o regime aberto**, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções. Na ocasião, dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 74/82, pela concessão da ordem, *ex officio*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.223 - SP (2012/0193784-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE, EM CONSONÂNCIA COM O PRETÓRIO EXCELSO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 12 G. (DOZE GRAMAS) DE COCAÍNA. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, PORÉM, CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

1. Como já é de amplo conhecimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência da Suprema Corte e deste Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Entretanto, a impetração de *writ* substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não impede a concessão de ordem de ofício em situações de flagrante ilegalidade – o que se verifica na hipótese.

3. Caso em que o Paciente foi preso em flagrante no dia 19/11/2011, abordado com a **quantidade de 12 (doze) gramas de cocaína**, e posteriormente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas. Também não teve reconhecido o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

4. Não é possível determinar a *incontinenti* soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente enquanto tramitava o processo-crime, em razão do entendimento "*de que não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar*" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08). Assim, é de se manter a execução provisória da pena, contudo, com os ajustes determinados na presente deliberação.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

6. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "*a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

7. Impetração não conhecida. Ordem de *habeas corpus*, entretanto, concedida de ofício, tão somente para fixar como regime prisional inicial o aberto, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, ficando a cargo desse mesmo Juízo o exame do preenchimento por parte do Paciente dos requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

VOTO

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

Inicialmente, esclareço que, conforme andamentos processuais fornecidos pelo Tribunal *a quo*, em seu *site* oficial, a impetração originária já foi julgada, em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE SOFRE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, POSTO QUE O ÉDITO CONDENATÓRIO CARECE DE FUNDAMENTAÇÃO, POIS NÃO JUSTIFICA A NECESSIDADE DE SUA MANTENÇA NO CÁRCERE, TAMPOUCO A NÃO CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONFORME RESOLUÇÃO 05/2012, DO SENADO FEDERAL. SEGUNDO ARGUMENTO DE QUE ELE FAZ JUS A RECORRER EM LIBERDADE. PLEITOS SUBSIDIÁRIOS PARA QUE SEJA FEITA A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU, QUE SEJA ALTERADO O REGIME PRISIONAL INICIAL FIXADO PARA A MODALIDADE ABERTA. CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS TERMOS DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO, A RECOMENDAR A SUA SEGREGAÇÃO EM FASE RECURSAL INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 324, IV, E 387, § ÚNICO, DO CPP. ÉDITO CONDENATÓRIO QUE, DEMAIS, SE MOSTRA DEVIDAMENTE MOTIVADO. WRIT QUE NÃO SE PRESTA PARA SUBSTITUIR REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, TAMPOUCO PARA ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL FIXADO EM R. SENTENÇA CONDENATÓRIA, ALÉM DO QUE JÁ FOI INTERPOSTO O RECURSO CABÍVEL NA ESPÉCIE."

Portanto, está superado o óbice processual previsto na Súmula n.º 691, desta Corte.

Porém, resta vedado o conhecimento do *writ*, em verdade, em razão do fato de que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência da Suprema Corte e deste Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Ocorre que a impetração de writ substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não impede a concessão de ordem de ofício no caso de flagrante ilegalidade – o que se verifica no caso.

Na sentença, a conduta praticada pelo Paciente foi descrita da seguinte forma, *ad literam* (fls. 16/17):

"Consta dos inclusos autos do inquérito policial que no dia 19 de novembro de 2.011, por volta das 22:30 horas, na Rua 01, com a Avenida 07, Centro, neste município e comarca, THIAGO ROGERIO SAMPAIO, RG n.º 47.110.184-SP, filho de Maria Lucia Ribeiro Rocha Sampaio e Marcos Rogerio Sampaio, brasileiro, nascido em 05 de janeiro de 1.991, qualificado às fls. 09/10 e 13/15, trazia consigo, com intuito mercantil, para consumo de terceiros, 15 (quinze) invólucros da substância entorpecente que determina dependência, física e psíquica denominada cocaína, totalizando aproximadamente 12,0 gramas, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 23/24 e auto de constatação de fls. 27/28, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

[...].

Abordado por aqueles milicianos, localizou-se em poder do denunciado um invólucro plástico contendo as quinze porções de cocaína, embaladas de forma própria para venda, além daquela nota de vinte reais que recebeu do outro indivíduo, o qual logrou se evadir, e após admitir que estava vendendo o entorpecente, esclarecendo que vendia por dez reais cada porção, recebendo cinco reais pela porção vendida, com o compromisso de entregar o restante para a pessoa que lhe entregou o entorpecente para a comercialização, efetuou-se a prisão em flagrante."

O *quantum* da pena foi fixado conforme fundamentação que também ora reproduzo (fl. 33):

"Desse modo, sendo o acusado primário, não registrando antecedentes criminais, sendo pouco significativa a quantidade de entorpecente com ele apreendido, possivelmente se entregando ao comércio para sustentar o próprio vício, admissível a aplicação do redutor previsto no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, reduzindo-se a pena cominada em 2/3 (dois terços), totalizando 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete dias- multa, no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do acusado."

O regime prisional inicial, por sua vez, foi estabelecido nos seguintes termos, *in verbis* (fl. 35):

"Por conta da hediondez do delito, a pena cominada deverá ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do disposto no artigo 20, §1.º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, estando em sintonia com o princípio constitucional da individualização da pena (art.5º, XLVI, 1ª parte, C.F. - HC 82.959-SP, STF, apud ob.cit., p.681)".

Tais fundamentos revelam haver flagrante constrangimento ilegal na espécie.

Isso porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 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 nº 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 nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. ""

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcreva-se os fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Assim, consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal, conforme a hipótese.

Na espécie, incidem as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto" e que "[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.

1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semi-aberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).

2. *Incidência da Súmula nº 719 do STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

3. *Ordem concedida.*

4. *Extensão da ordem, de ofício, ao co-réu.*" (HC 83.613/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 30/04/2004.)

Portanto, tendo em vista tratar-se de Condenado à sanção definitiva de um ano e oito meses de reclusão, primário, de bons antecedentes, que teve a pena-base 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 11.343/2006 no patamar máximo, faz este jus ao regime inicial aberto.

É importante ressaltar, ainda, que consoante informação constante em certidão de execução criminal juntada aos autos, o Paciente foi progredido para o regime semiaberto em 20/08/2012 (relembre-se, também, que deferi liminar nos presentes autos, para sua transferência ao regime aberto, em 17/09/2012), sendo o término da pena previsto para 18/07/2013.

Verifico, outrossim, que nas instâncias ordinárias nada se decidiu quanto à substituição da pena privativa de liberdade.

Quanto ao tema, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do 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 sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações 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.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011, v.g.

Acrescente-se, ainda, que, em 15/02/2012, foi editada a Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da referida regra, *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."

Desse modo, deve ser avaliada, pelo Juízo das Execuções, a possibilidade de o Paciente ter a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois inconstitucional o fundamento adotado para não reconhecer tal direito.

Por fim, para não se alegar que se deixou de analisar do pedido de expedição de alvará de soltura (sob o fundamento de falta dos fundamentos da prisão processual), relembro que na sentença não se reconheceu o direito do Paciente recorrer em liberdade em razão do fato de ter permanecido preso desde o flagrante.

Esclareço, dessa forma, no ponto, que sequer é possível a soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente enquanto tramitava o processo-crime, em razão do entendimento *"de que não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar"* (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08).

Assim, é de se manter a execução provisória da pena, porém, com os ajustes determinados no presente voto.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem de *habeas corpus ex officio*, tão somente para estabelecer como regime prisional inicial o aberto, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, ficando ainda a cargo desse Juízo o exame do preenchimento pelo Paciente dos requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0193784-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 254.223 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1756894420128260000 9672011

EM MESA

JULGADO: 02/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GORDANO ROBERTO DO AMARAL REGINATTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO ROGÉRIO SAMPAIO (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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.