



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 257.381 - SP (2012/0220866-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
ADVOGADO : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIS PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS PREENCHIDOS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena nele prevista, o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique a atividades delituosas e nem integre organização criminosas.

2. Na hipótese, considerando que o Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante e tendo em vista a quantidade da droga apreendida – 3,2 g (três gramas e dois decigramas) de "cocaína" –, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

3. O Plenário do Pretório Excelso, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime prisional inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido, bem assim a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal.

5. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pelo Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, o que ensejou a 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 11.343/2006.

6. Na hipótese, o Paciente preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente, estabelecer sua pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixando o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, bem assim para substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo mesmo Juízo.

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 a ordem, 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), 06 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 257.381 - SP (2012/0220866-8)

IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
ADVOGADO : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIS PEREIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRÉ LUIS PEREIRA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação n.º 0026459-24.2009.8.26.0196.

No caso, o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 11/09/2009 e, posteriormente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo **3,2 g (três gramas e dois decigramas) de "cocaína"**, acondicionada em 14 (quatorze) papérolas. No curso da ação penal, foi deferida liberdade provisória ao Réu. E, ao proferir sentença, o Juiz Singular desclassificou a conduta do Acusado para o delito de porte de entorpecentes para uso pessoal, condenando-o à pena de advertência sobre os efeitos das drogas, nos termos do art. 28, inciso I, do diploma legal supramencionado.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso para condenar o Sentenciado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

No presente *writ*, sustenta o Impetrante, em síntese, que o Paciente sofre constrangimento ilegal, pelo não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, e pela negativa de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Afirma que a situação do Paciente foi agravada pela expedição de mandado de prisão em seu desfavor, tendo em vista a ocorrência do trânsito em julgado da condenação. Aduz, ainda, que o Condenado é primário, portador de bons antecedentes, não se dedica a atividades delituosas e nem integra organização criminosa.

Requer, liminarmente, a suspensão do mandado de prisão expedido em desfavor do Paciente, até o julgamento definitivo do presente *writ*.

No mérito, pede a aplicação da referida causa de diminuição de pena no patamar máximo e, conseqüentemente, a fixação do regime inicial aberto, com a substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusiva por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido para determinar, tão somente até o julgamento final do presente *writ*, a inserção do Paciente no regime semiaberto, com aplicação das respectivas regras (fls. 72/75).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 92/229, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 88/90, opinando pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, apenas para determinar ao Juízo das Execuções a análise do cabimento de regime diverso do fechado para o cumprimento da reprimenda.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 257.381 - SP (2012/0220866-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS PREENCHIDOS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena nele prevista, o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique a atividades delituosas e nem integre organização criminosas.

2. Na hipótese, considerando que o Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante e tendo em vista a quantidade da droga apreendida – 3,2 g (três gramas e dois decigramas) de "cocaína" –, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

3. O Plenário do Pretório Excelso, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime prisional inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido, bem assim a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal.

5. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pelo Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, o que ensejou a 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 11.343/2006.

6. Na hipótese, o Paciente preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação do Paciente, estabelecer sua pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixando o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, bem assim para substituir a pena privativa de liberdade por duas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo mesmo Juízo.

VOTO

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

No caso, o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 11/09/2009 e, posteriormente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo **3,2 g (três gramas e dois decigramas) de "cocaína"**, acondicionada em 14 (quatorze) papérolas. No curso da ação penal, foi deferida liberdade provisória ao Réu. E, ao proferir sentença, o Juiz Singular desclassificou a conduta do Acusado para o delito de porte de entorpecentes para uso pessoal, condenando-o à pena de advertência sobre os efeitos das drogas, nos termos do art. 28, inciso I, do diploma legal supramencionado.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso para condenar o Sentenciado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

No presente *writ*, sustenta o Impetrante, em síntese, que o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, e à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pois é primário, portador de bons antecedentes, foi condenado à pena mínima, não se dedica a atividades delituosas e nem integra organização criminosa.

O Tribunal *a quo* fixou a dosimetria da pena, com base nos seguintes termos:

"Em observância ao artigo 59 do Código Penal, fixam-se as basais no mínimo legal. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou de diminuição, as reprimendas definitivas impostas a André Luis repousam em reclusiva de 05 (cinco) anos, no regime fechado (inteligência do artigo 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, dosada no mínimo a unidade de cálculo.

Conquanto seja o réu primário, tal qual assinalou a nobre Defesa nas contra-razões recursais, não se cogita da redução trazida pelo § 4.º do artigo 33 da Lei de Drogas, que não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei n.º 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4.º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente 'não se dedique às atividades criminosas'.

[...]

*No caso concreto, a atuação do irrogado com nítido intuito lucrativo desautoriza, sem dúvida, a outorga da benesse, sobretudo diante dos veementes indícios de que ele exercia a traficância **profissionalmente** - ilação que deflui da elevada quantidade de narcótico apreendido e dos repetidos informes anônimos dando-o de há muito como traficante (cf. documento de fls. 33, expedido pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, que veicula notícia datada de **julho de 2007**, sendo que o fato ora debatido ocorreu em setembro de 2009)." (fls. 53/56; grifos no original)*

Como se vê, a Corte de origem não reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, com fundamento na "*elevada quantidade de narcótico apreendido e dos repetidos informes anônimos*" indicantes de que o Paciente exercia a traficância com habitualidade desde julho de 2007.

Contudo, mostra-se pouca a quantidade de substância entorpecente apreendida com o Paciente – **3,2 g (três gramas e dois decigramas)** de "cocaína", de modo que, apesar de não descaracterizar o tráfico ilícito de drogas, o argumento não serve para impedir a aplicação do redutor em questão.

Ademais, a denúncia narra apenas que policiais "*receberam uma denúncia anônima noticiando que o ora denunciado estaria promovendo o comércio ilícito de drogas, no bairro Jardim Zelinda*" (fl. 29), mas não relata que o Paciente estaria traficando entorpecentes desde longa data. Além disso, a inicial acusatória conta que "*foram acostados relatórios de denúncias anônimas noticiando a mercancia espúria de drogas nas imediações do sítio da infração*" (fl. 30), porém não imputa tais acusações ao Paciente e nem esclarece se elas foram dirigidas à ele.

Assim, a negativa de aplicação da minorante não pode fundamentar-se nesses argumentos, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando, sobretudo, que o Condenado não teve a oportunidade de defender-se, em primeira instância, dos fatos supramencionados.

De fato, a exordial acusatória não descreve as circunstâncias fáticas necessárias à caracterização de eventual dedicação do Paciente a atividades criminosas, evidenciando-se, portanto, inapta para embasar a negativa de aplicação do privilégio em comento.

Cumprе ressaltar que, nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da causa especial de diminuição de pena nele prevista, o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique a atividades delituosas e nem integre organização criminosa.

Na hipótese dos autos, consoante reconheceram as instâncias ordinárias, foram apreendidos 14 (quatorze) papelotes de "cocaína", totalizando **3,2 g (três gramas e dois decigramas)**. Nesse contexto, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, deve ser aplicada a diminuição no seu patamar máximo – 2/3 (dois terços) –, pelo que fica a reprimenda definitiva quantificada em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**. A redução justifica-se pela quantidade da droga apreendida, atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

Noutro giro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/06/2012, 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 11.464/2007), e afastou a obrigatoriedade de, aprioristicamente, fixar-se o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

A propósito, confira-se 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. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. o art. 59, ambos do Código Penal, conforme a hipótese.

No caso, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.)

Assim, tendo em vista tratar-se de Condenado à sanção definitiva de 1 (um) ano e 8 (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 de pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, no patamar máximo, faz ele jus ao regime inicial aberto, mediante condições a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal.

De outra parte, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 convalidação em causa, na concreta situação do paciente." (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 16/12/2010.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 N.º 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

Art. 1.º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2.º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."

Assim, a pena privativa de liberdade do Paciente deve ser substituída por duas sanções restritivas de direitos, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal, em face da declaração de inconstitucionalidade da vedação do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente, estabelecer sua pena em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão** e pagamento de **166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, fixando o **regime prisional inicial aberto**, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, bem assim para substituir a pena privativa de liberdade por **duas sanções restritivas de direitos**, a serem especificadas pelo mesmo Juízo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0220866-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 257.381 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12672009 224729 264592420098260196 9052009 990102826090

EM MESA

JULGADO: 06/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
ADVOGADO : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIS PEREIRA

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, concedeu a ordem, 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.