



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.964 - SP (2011/0289822-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FABIANA MENDES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGIANE RODRIGUES DA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, 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. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO TEMA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. 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 11.343/2006.

2. 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. Contudo, é possível a fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, evitando-se o encarceramento desnecessário. **Precedentes do STF e o do STJ.**

3. No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem não se manifestou sobre o eventual direito da Paciente à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, o que impossibilita a análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. No entanto, essa omissão justifica a concessão de *habeas corpus*, a fim de determinar ao Tribunal *a quo* que proceda ao exame do referido tema.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, nos termos explicitados no voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.964 - SP (2011/0289822-7)

IMPETRANTE : FABIANA MENDES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGIANE RODRIGUES DA COSTA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de REGIANE RODRIGUES DA COSTA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento de apelação criminal manejada pela Acusação.

O Tribunal local reformou sentença absolutória, condenando a Paciente à pena de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 221 (duzentos e vinte e um) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes envolvendo menor de idade, consoante o que prevê o art. 33, *caput*, e art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Consta dos autos que a Ré mantinha sob sua posse 11 (onze) porções de cocaína em pó (2,5 gramas), para o que contava com o auxílio da menor N. R. de S.

A Impetrante argumenta que, pelo montante da pena aplicada e pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o cumprimento da pena imputada à Paciente deve ser em regime aberto e, alternativamente, seja substituída a pena privativa da liberdade por reprimenda restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura e, no mérito, seja concedido à Paciente o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 221/222.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do Órgão Jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 229/236, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.964 - SP (2011/0289822-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, 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. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO TEMA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. 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 11.343/2006.

2. 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. Contudo, é possível a fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, evitando-se o encarceramento desnecessário. **Precedentes do STF e o do STJ.**

3. No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem não se manifestou sobre o eventual direito da Paciente à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, o que impossibilita a análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. No entanto, essa omissão justifica a concessão de *habeas corpus*, a fim de determinar ao Tribunal *a quo* que proceda ao exame do referido tema.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, nos termos explicitados no voto.

VOTO

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

Consta dos autos que a Paciente foi denunciada como incurso no art. 33, *caput* c.c. o art. 40, inciso VI, todos da Lei n.º 11.343/2006, por trazer consigo, para fins de tráfico, 2,5g (dois gramas e cinco decigramas) de "cocaína", acondicionados em 11 (onze) invólucros plásticos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, envolvendo, ainda, a participação da adolescente N. R. de S.

O Juízo de Direito da 8.^a Vara Criminal de São Paulo/SP absolveu a Paciente, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Contra a sentença, o Ministério Público interpôs apelação criminal, que foi provida pela Corte de origem para condenar a Acusada às penas de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 221 (duzentos e vinte e um) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.^o, c.c. o art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas.

O Tribunal *a quo* fixou a reprimenda da ora Paciente, valendo-se da seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"[...]

Assim, impõe-se condenar a acusada como incurso no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006.

IV- Estabelece o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 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'. E o artigo 59 do Código Penal dispõe que 'o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'. Na espécie, a ré é primária, nenhuma prova que a desabonasse (exceto pelo crime que neste se lhe imputa) foi produzida e a quantidade de cocaína (substância entorpecente de alto potencial lesivo à saúde) que tinha consigo não era grande. Assim fixa-se a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase da dosimetria da pena.

*Na terceira fase do cálculo incide à espécie a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06. Com efeito, dispõe o parágrafo acima referido que as penas impostas para o delito de tráfico podem ser reduzidas de um sexto a dois terços, 'desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'. Esse dispositivo prevê 'mais uma alternativa para o juiz na adequação da pena às diversas formas de participação na atividade criminosa, ampliando, pois, o poder do juiz na determinação da culpabilidade de cada um, nos termos da parte final do art. 29 do Código Penal' (Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, "Lei de Drogas Anotada", 3ª. ed., RT, 2009, pág. 109). Dessa forma, a lei nova, que tornou mais severa a punição do traficante, atribuiu ao juiz um poder mais flexível de individualização da pena privativa de liberdade que lhe permite ajustá-la melhor ao fato ocorrido e à personalidade concreta do agente, de modo a permitir apenação mais branda nos casos em que ela se justifica. Rogério Sanches Cunha, comentando o dispositivo, assinala que as penas poderão ser reduzidas 'desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e **não se dedique às atividades criminosas** nem integre*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a **benesse legal**.' ("Nova Lei de Drogas Comentada", coordenação de Luiz Flávio Gomes, RT, 1ª ed., pág. 165).

Não há prova de que a acusada, primária, se dedicasse a atividade criminosa ou integrasse a criminalidade organizada. Por isso aplica-se o redutor de pena do artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06, em 2/3 porque não há motivo para quantificá-lo diversamente.

O resultado é elevado em 1/3 em virtude do disposto no inciso VI do artigo 40 da Lei nº 11.343/06, resultando a pena definitiva em 2 anos, 2 meses e 20 dias e 221 dias multa.

A fração adotada levou em consideração ser uma única adolescente, a pequena quantidade da droga, a grande capacidade destrutiva da cocaína e o direto envolvimento da adolescente na atividade mercantil.

A pena privativa da liberdade deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, com a redação determinada pela Lei nº 11.464/2007: 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'.

Fixa-se o valor unitário mínimo para o dia-multa, posto que a ré estava desempregada à época dos fatos.

*Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo ministerial para condenar **Regiane Rodrigues da Costa** como infratora do artigo 33, caput, e § 4º, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06 a 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão no regime fechado e 221 dias-multa no valor unitário mínimo." (Fls. 208/210; grifo no original.)*

No presente writ, busca-se, em síntese, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Quanto ao alegado direito 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

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."

De outra parte, no que concerne ao regime de cumprimento de pena, impende consignar que, 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 da Lei n.º 8.072/90 –, após o 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, passou-se a admitir a adequação também do regime, em observância aos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida 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.)

Cumprir 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem não se manifestou sobre o eventual direito da Paciente à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, o que impossibilita a análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. No entanto, essa omissão justifica a concessão de *habeas corpus*, a fim de determinar ao Tribunal *a quo* que proceda ao exame do referido tema.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da impetração e, nessa extensão, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem como da eventual necessidade de adequação do regime prisional, nos termos da fundamentação exposta.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0289822-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 226.964 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19382009 50090941829 990103343786

EM MESA

JULGADO: 05/06/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **FABIANA MENDES DOS SANTOS**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **REGIANE RODRIGUES DA COSTA**

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.