**HABEAS CORPUS Nº 240.089 - RJ (2012/0080609-9)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATORA** | **:** | **MINISTRA LAURITA VAZ** |
| IMPETRANTE | : | VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO |
| PACIENTE | : | JACKSON BRUNO HENRIQUE DA CÂMARA |

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.$^{os}$ 440 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, o Paciente foi preso em flagrante, em 23/10/2010, porque *"trazia consigo, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 118 (cento e dezoito) 'tubinhos', contendo pó branco e 18 (dezoito) pequenos 'sacolés', contendo erva seca e picada; substâncias identificadas como sendo, respectivamente, cloridrato de cocaína e* cannabis sativa.*"*

2. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a considerável quantidade de drogas apreendidas em poder do Paciente – 118 (cento e dezoito) tubinhos de "cocaína" e 18 (dezoito) pequenos sacolés de "maconha – justifica a não aplicação do redutor inserto no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "*A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. 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*".

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão.

6. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional 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. Inteligência das Súmulas n.os 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, afastada a obrigatoriedade do regime fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto 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), 18 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

**HABEAS CORPUS Nº 240.089 - RJ (2012/0080609-9)**

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JACKSON BRUNO HENRIQUE DA CÂMARA

## RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de JACKSON BRUNO HENRIQUE DA CÂMARA – condenado como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na apelação n.º 21791-50.2010.8.19.0008.

Alega a Impetrante, em suma, ilegalidade na dosimetria da pena.

Assevera que a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 é medida que se impõe, tendo em vista que o Paciente preenche os requisitos legais.

Aduz, ainda, que não é razoável a fixação do regime inicial fechado, porque, se aplicada a referida causa de diminuição, a pena imposta será reduzida a patamar inferior a quatro anos. Além disso, assevera que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao Paciente.

Requer, assim, a aplicação da fração máxima da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 40/57, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 61/64, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 240.089 - RJ (2012/0080609-9)**

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.os 440 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, o Paciente foi preso em flagrante, em 23/10/2010, porque *"trazia consigo, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 118 (cento e dezoito) 'tubinhos', contendo pó branco e 18 (dezoito) pequenos 'sacolés', contendo erva seca e picada; substâncias identificadas como sendo, respectivamente, cloridrato de cocaína e* cannabis sativa.*"*

2. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a considerável quantidade de drogas apreendidas em poder do Paciente – 118 (cento e dezoito) tubinhos de "cocaína" e 18 (dezoito) pequenos sacolés de "maconha – justifica a não aplicação do redutor inserto no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "*A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. 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*".

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão.

6. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional 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. Inteligência das Súmulas n.os 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, afastada a obrigatoriedade do regime fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

**VOTO**

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

Colhe-se dos autos que, em 23/10/2010, o Paciente foi preso em flagrante, porque *"trazia consigo, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 118 (cento e dezoito) 'tubinhos', contendo pó branco e 18 (dezoito) pequenos 'sacolés', contendo erva seca e picada; substâncias identificadas como sendo, respectivamente, cloridrato de cocaína e* cannabis sativa*"* (fl. 24).

Na hipótese, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 01 (um) ano e (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Inconformados, o Ministério Público e a Defesa interpuseram recurso de apelação. Foi negado provimento ao recurso defensivo e dado provimento ao apelo ministerial para, afastando a causa especial de diminuição de penas prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, fixar as reprimendas finais do Paciente em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Na presente impetração, busca-se, em síntese, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas e, afastado o óbice do referido artigo, a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A Corte de origem decidiu a questão nos seguintes termos, *in verbis*:

> *"*[...] *é de se dar provimento ao recurso ministerial, afastando-se a causa especial de diminuição de penas prevista no § 4.º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Assim é porque o Legislador criou a aludida causa especial de diminuição de penas com o objetivo de abrandar a situação do agente que, sendo primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Ou seja: o Legislador, no exercício de sua privativa competência de escolha de política criminal, quis beneficiar apenas aquele agente primário e de bons antecedentes que, embora surpreendido na posse de droga, não tenha adotado tal atividade espúria como sua profissão. Não é o caso dos presentes autos, vez que está patente, tanto pela grande quantidade e pela variedade de entorpecentes*

> *apreendidos como pelos elementos de prova colhidos, que o recorrente Jackson Bruno, vulgo "Bruninho", não só se dedicava à atividade criminosa do tráfico de drogas, como também integrava a organização de marginais que explora o comércio ilícito de substâncias entorpecentes no local dos fatos. Além disso, o apelante fez do tráfico o meio de sua subsistência, denotando ser traficante profissional, uma vez que não comprovou que exercia qualquer atividade lícita, que lhe permitisse viver dignamente. Portanto, o recorrente não era um traficante episódico, ocasional, mas sim um integrante de perigosa facção de delinquentes.*
>
> *Assim, ficam as penas do apelante Jackson Bruno finalizadas em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.*
>
> *De outro lado, o pedido de fixação do regime aberto para o cumprimento da pena corporal, não pode ser provido, eis que a Lei nº 11.464/07 não afastou do tráfico a natureza de crime hediondo, tendo apenas reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não afasta a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena.*
>
> *Também mostra-se descabida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como pretendido pelo apelante Jackson Bruno. Assim é porque, consoante se vê do disposto no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, o Legislador vedou, expressamente, a substituição pretendida aos executores dos crimes previstos nos artigos 33,* caput *e § 1º, e 34 e 37, todos da mesma Lei Especial. Além do mais, a sanção ora aplicada ao apelante situa-se em patamar superior àquele estabelecido no artigo 44 do Código Penal.*
>
> [...]
>
> *Pelo exposto, nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao apelo ministerial para, afastando a causa especial de diminuição de penas prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixar as reprimendas finais do apelante Jackson Bruno em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantida, no mais, a sentença recorrida, pelos seus próprios fundamentos"* (fls. 20/21).

Como se vê, o acórdão impugnado entendeu que a quantidade e variedade das drogas apreendidas em poder do Paciente – 118 (cento e dezoito) tubinhos de "cocaína" e 18 (dezoito) pequenos sacolés de "maconha –, evidenciam o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já consignou que a quantidade da substância entorpecente é apta a caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa e, portanto, afastar a incidência da minorante em questão. Confira-se:

> "*RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS. *CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA*

*DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO*

*1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes.*

*2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.*

*3.* ***A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas****.*

*4. O* habeas corpus *não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

*5. Recurso Ordinário em* Habeas Corpus *ao qual se nega provimento*." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010; sem grifo no original.)

No mesmo sentido, o seguinte julgado desta Corte:

"HABEAS CORPUS. *PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.*

*1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

*3. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que, comprovadamente, faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.*

*4. Ordem denegada*." (HC 148.331/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010.)

Desse modo, não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, não faz jus o Paciente à aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

De outra parte, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.° 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 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 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, Sexta 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*."

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão.

Por outro lado, no tocante ao regime de cumprimento de pena, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 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, e afastou a obrigatoriedade de, aprioristicamente, fixar-se o regime inicial fechado para os

condenados por tráfico ilícito de drogas, tendo em vista que a mencionada regra contraria o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no mesmo sentido (HC 245.858/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013).

Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.os 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confiram-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

> "*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*" (Súmula n.º 440 do STJ)

> "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*" (Súmula n.º 719 STF)

Na espécie, porém, o Tribunal *a quo* considerou, na fixação do regime, apenas o fato de o crime ser hediondo, não apresentando qualquer outra motivação que justificasse o estabelecimento do regime fechado para cumprimento da pena.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, afastada a obrigatoriedade do regime fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO**
**QUINTA TURMA**

Número Registro: 2012/0080609-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 240.089 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 217915020108190008

EM MESA JULGADO: 18/04/2013

**Relatora**
Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário
Bel. LAURO ROCHA REIS

**AUTUAÇÃO**

| | | |
|---|---|---|
| IMPETRANTE | : | VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO |
| PACIENTE | : | JACKSON BRUNO HENRIQUE DA CÂMARA |

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

**CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto 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.