

HABEAS CORPUS Nº 229.498 - RJ (2011/0310903-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PEDRO ALEXANDRE NASCIMENTO FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE MENOR. RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºS 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As instâncias ordinárias aplicaram a causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/2006, por entender estar confirmado o fato de que o Paciente atuava juntamente com um menor. Para se desconstituir a referida conclusão, far-se-ia necessário reexaminar todo o acervo fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Considerado o *quantum* da pena imposta – 05 anos e 10 meses de reclusão – e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, do Código Penal, para

Superior Tribunal de Justiça

fixar-se o regime prisional semiaberto.

6. O Paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não preencher o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória, estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

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), 15 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

HABEAS CORPUS Nº 229.498 - RJ (2011/0310903-0)

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PEDRO ALEXANDRE NASCIMENTO FERREIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de PEDRO ALEXANDRE NASCIMENTO FERREIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0005276-44.2010.8.19.0038.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 30/01/2010, por trazer consigo, juntamente com um menor, para fins de comercialização, 71g (setenta e um) gramas de "cocaína", acondicionados em 71 "sacolés". Finda a instrução criminal, restou condenado às penas de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, vedado o recurso em liberdade. Inconformada, a Defesa interpôs apelação criminal, ao qual o Tribunal de origem negou provimento.

Nas razões do *writ*, sustenta-se, de início, a não incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas.

Alega-se, ainda, o cabimento aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Argumenta-se, por fim, que, após reduzidas as penas, o Paciente fará jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e à fixação do regime prisional aberto.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 41/42, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 72/75, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 229.498 - RJ (2011/0310903-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE MENOR. RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºS 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As instâncias ordinárias aplicaram a causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/2006, por entender estar confirmado o fato de que o Paciente atuava juntamente com um menor. Para se desconstituir a referida conclusão, far-se-ia necessário reexaminar todo o acervo fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Considerado o *quantum* da pena imposta – 05 anos e 10 meses de reclusão – e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, do Código Penal, para fixar-se o regime prisional semiaberto.

6. O Paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não preencher o requisito previsto no inciso I do art.

44 do Código Penal.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória, estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

VOTO

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

Inicialmente, cumpre salientar que as instâncias ordinárias aplicaram a causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/2006, por entender estar confirmado o fato de que o Paciente atuava juntamente com o adolescente R. F. de O (fl. 17). Essa circunstância, ao contrário do defendido nas razões do *writ*, é suficiente para ensejar a incidência da minorante em questão, conforme se constata da simples leitura do mencionado dispositivo, *in verbis*:

"Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; " (grifou-se)

Ademais, para se desconstituir a conclusão exarada pelas instâncias ordinárias no sentido de que restou comprovado o exercício da traficância pelo Paciente com o envolvimento de um menor, far-se-ia necessário reexaminar todo o acervo fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

[...]

DOSIMETRIA. ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR. RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Destacando a Corte impetrada a presença de elementos suficientes e concretos a demonstrar o envolvimento de adolescente na prática do crime de tráfico de drogas imputado ao paciente, devidamente justificada a aplicação do previsto no art. 40, VI, da Lei Antitóxicos.

2. Para concluir-se pela ausência de envolvimento de menor na

Superior Tribunal de Justiça

traficância atribuída ao condenado, necessário o exame aprofundado do elenco de provas, providência vedada no habeas corpus.

[...]

2. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção." (HC 188.594/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 10/10/2012; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR (ART. 40, VI). RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO.

1. O Tribunal de origem, alicerçado nas provas existentes nos autos, concluiu deve ser mantida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que o réu envolveu adolescente na prática criminosa. Assim, a inversão do julgado demandaria o revolvimento da matéria fático-probatória, o que é sabidamente inviável em sede de habeas corpus.

2. De mais a mais, a certidão de nascimento não é o único documento hábil para se aferir a menoridade, basta que haja nos autos qualquer elemento que demonstre de alguma forma a idade do adolescente.

[...]

8. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo da Execução Penal reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a conversão da sanção privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06." (HC 199.374/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 01/08/2012; sem grifos no original.)

De outra parte, observa-se que o Juízo Sentenciante, referendado pelo Tribunal de origem, negou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos, *as litteram*:

"[...]

O acusado não faz jus à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4.º, do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, por não preencher um dos requisitos para a concessão do referido benefício, já que restou demonstrado nos autos que o réu se dedicava a atividades criminosas no local da apreensão da droga, conforme consignado no corpo da fundamentação desta decisão, circunstância que constitui verdadeiro óbice à aplicação da mencionada causa de diminuição." (Fl. 19; grifo no original.)

Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons

Superior Tribunal de Justiça

anteriores, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, conforme se constata das transcrições realizadas, verifica-se que o benefício foi negado ao Paciente mediante fundamentação idônea, restando justificada a não incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. Faz jus à diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 o acusado que preenche todos os seus requisitos, ou seja, seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem faça parte de organização desse gênero.

2. No caso, não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que, conforme demonstrado pelas instâncias ordinárias, a paciente não se enquadra nos requisitos necessários à obtenção da benesse, tendo sido reconhecida sua participação em organização criminosa, pelo modus operandi do delito, além da grande quantidade de droga apreendida em seu poder, na medida em que ingeriu 96 cápsulas de cocaína - totalizando quase 1 quilo da droga - a fim de transportá-la para o exterior, sendo certo que, sem sua atuação, a organização não teria como completar a atividade ilícita.

3. Ademais, alterar o referido entendimento demandaria, necessariamente, o exame aprofundado dos elementos de prova, providência inviável na via eleita.

4. Habeas corpus denegado. "(HC 167.026/SP, 6.ª Turma, Rel. Min HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe de 25/10/2010; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. O pedido de absolvição pela alegação de insuficiência de prova que teria levado à condenação do paciente não se compatibiliza com os limites estreitos do habeas corpus, por demandar inevitável incursão no material fático-probatório.

2. 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 à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de

Superior Tribunal de Justiça

drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.

4. Diante da presença de circunstâncias desfavoráveis reconhecidas na sentença de primeiro grau, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena.

5. Ordem denegada." (HC 162.212/GO, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É firme o entendimento desta Turma no sentido de que a causa de diminuição inculpada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pode incidir nos crimes cometidos ainda na vigência da lei anterior.

2. Contudo, na hipótese, o Juízo de primeiro grau concluiu que a paciente integrava organização criminosa voltada para o comércio de entorpecente, o que culminou com sua condenação pelo delito de associação para o tráfico, previsto, na época, no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

3. Ordem denegada." (HC 127.639/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/06/2010; sem grifo no original.)

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos

Superior Tribunal de Justiça

subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

No tocante ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime 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.

Nesse sentido:

"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 criminosa.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo mesmo Juízo." (HC 257.381/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o Habeas Corpus n.º 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 243.932/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012.)

Portanto, considerado o *quantum* da pena imposta, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º, do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em **regime semi-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".

Outrossim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na

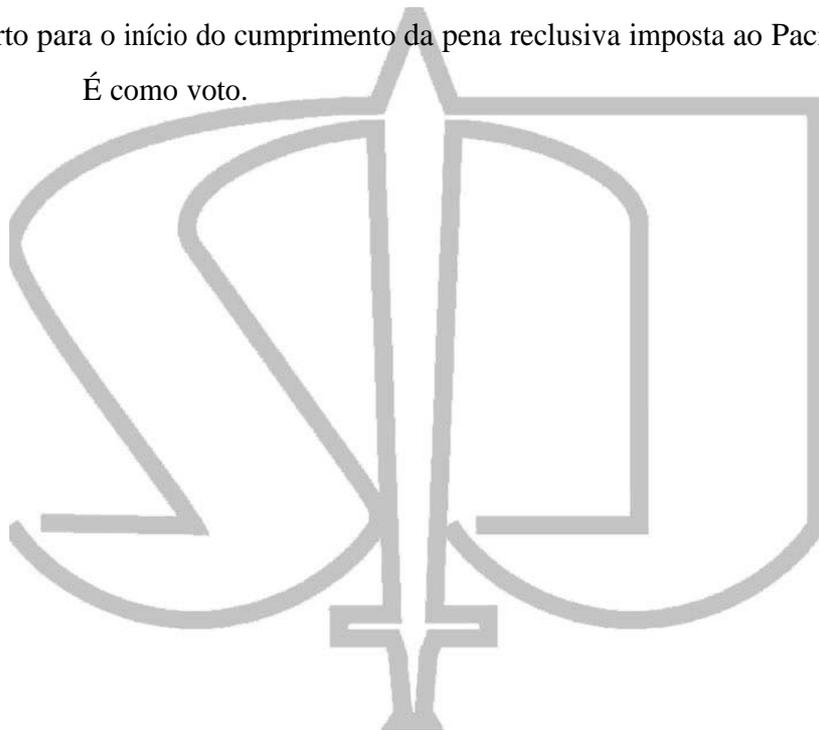
Superior Tribunal de Justiça

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.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* para, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória, estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2011/0310903-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.498 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4402010 52764420108190038

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

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 : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : PEDRO ALEXANDRE NASCIMENTO FERREIRA

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 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 convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.