



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.962 - MG (2010/0192179-3)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : CAIO ALEX DA SILVA
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CAIO ALEX DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de machonha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

3. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis.

4. Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

5. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a destruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

6. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

7. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

8. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, para que o Juízo da VEC avalie como entender de direito a possibilidade de substituição da pena.

9. Parece ministerial pela concessão parcial da ordem.

10. *Habeas Corpus* parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 22 de fevereiro de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.962 - MG (2010/0192179-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : CAIO ALEX DA SILVA
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CAIO ALEX DA SILVA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de CAIO ALEX DA SILVA, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio TJMG, que negou provimento ao Apelo ministerial e deu parcial provimento ao Apelo defensivo, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. DESTINAÇÃO MERCANTIL EVIDENCIADA. APELO MINISTERIAL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO NO DELITO PREVISTO NO ART. 35, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO ELO ESTÁVEL ENTRE O ACUSADO E OS CORRÉUS. PEDIDO DEFENSIVO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º., DA LEI 11.343/06. ADMISSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE QUALQUER NOTÍCIA QUE PERMITA CONCLUIR QUE JÁ TENHA INTEGRADO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU SE DEDICADO A ATIVIDADES DELITUOSAS. ISENÇÃO DE CUSTAS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº. 58 DESTA CORTE. RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O MINISTERIAL E PARCIALMENTE PROVIDO O DEFENSIVO (fls. 58).

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena definitiva de 2 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 275 dias-multa, por infração à norma do art. 33, § 4º., da Lei 11.343/06.

3. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, que as circunstâncias judiciais do paciente são favoráveis, pelo que entende possível a aplicação, em seu grau máximo, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

40. da Lei 11.343/06. Ademais, requer a substituição da pena privativa de liberdade da paciente por restritiva de direitos e a fixação de regime inicial aberto.

4. Prestadas as informações (fls. 81/87), o MPF, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA, manifestou-se pela concessão parcial do *writ*, *para afastar o óbice legal à substituição da pena de reclusão por sanções restritivas de direito* (fls. 152/155).

5. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.962 - MG (2010/0192179-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : CAIO ALEX DA SILVA
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CAIO ALEX DA SILVA

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. *Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de machonha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.*

2. *Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.*

3. *A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.*

5. *Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.*

6. *O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.*

7. *O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.*

8. *Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, para que o Juízo da VEC avalie como entender de direito a possibilidade de substituição da pena.*

9. *Parece ministerial pela concessão parcial da ordem.*

10. *Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Alega-se na presente impetração, em síntese, a possibilidade de incremento da fração redutora prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, uma vez que o paciente preencheria os requisitos legais, bem como requer-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime inicial aberto.

2. Confira-se, no que interessa, o asseverado pelo Tribunal a quo:

Consta dos autos que policiais militares, que há muito monitoravam o local da apreensão, inclusive realizando filmagens, apuraram que os réus estavam associados para a prática do tráfico, vindo a verificar, na data de 13 de agosto de 2008, que os acusados comercializavam drogas nos becos do bairro de Fátima. Assim, ato contínuo, restaram por comunicar via rádio aos outros integrantes da guarnição, culminando na abordagem dos denunciados Tiago Batista Lima e Weslei Rodrigues, estando aquele ainda de posse de R\$ 103,00 em moeda de pequeno valor, arrecadada com a venda, e este último ainda portava uma bucha de maconha e onze pedras de crack.

(...).

Outrossim, entendo assistir razão à defesa ao postular a incidência da causa de diminuição prevista no §4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que, além de inexistir qualquer apontamento em sua certidão de antecedentes (fl. 77), tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, inexistente nos autos qualquer elemento que permita concluir que ele já tenha se dedicado a atividades criminosas, ou integrado organização com este fim.

Os próprios policiais que participaram da prisão do apelante informaram que não sabiam que o mesmo era traficante, havendo apenas algumas notícias de que era usuário (fls. 173/176).

Assim sendo, hei por bem incidir sobre a reprimenda a referida minorante no quantum de 1/2, não procedendo no máximo em razão da variedade de substâncias (crack e maconha) e do alto potencial ofensivo à saúde pública de uma das drogas que foi apreendida, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 275 (duzentos e setenta) dias-multa, mantendo as demais disposições



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constantes da sentença (fls. /66).

3. Na hipótese, está justificado o percentual de 1/2 para a diminuição da pena, sendo perfeitamente possível a utilização da quantidade e da natureza da droga para tal balizamento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º., DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 do mesmo diploma legal.

2. Na espécie, embora não seja expressiva a quantidade da droga, a natureza das substâncias apreendidas milita em desfavor do Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja: 1/2.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão-somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa. (HC 134.249/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 14.09.09).

✧ ✧ ✧

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR A QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO (FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07). REGIME PRISIONAL ABERTO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

II - No caso concreto, revela-se correta a decisão que, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes e que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, aplicou a causa de diminuição de pena no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida (sessenta e cinco pequenos tablets de maconha).

III - O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o condenado, por crime hediondo ou equiparado, cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto (Precedentes). Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 122.106/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 22.06.09).

4. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do *quantum* de pena aplicado. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º., DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 2/3. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º. DO ART. 2º. DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...).

2. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 20., § 10., da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação àqueles cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, a traficância ocorreu após a citada alteração legislativa, torna-se obrigatório o regime inicial fechado.

5. Ordem denegada (HC 113.759/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 09.12.08).

✧ ✧ ✧

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL. ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO DA PENA NO PERCENTUAL MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006.

(...).

5. A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parte da Lex Maxima).

6. No caso concreto, verifica-se que a r. sentença condenatória, na aplicação da minorante prevista no § 4o., do art. 33 da Lei 11.343/06, considerando as circunstâncias do feito, fixou a redução em seu percentual mínimo.

7. Após a modificação do art. 2o., § 1o., da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do quantum da pena.

8. In casu, tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda penal.

9. Existe expressa vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, da Lei 11.343/2006).

Ordem denegada (HC 137.162/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 07.12.09).

5. Referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. SURSIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006.

I - Após a modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do quantum da pena.

II - In casu, tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda penal.

III - Existe expressa vedação legal à concessão de sursis e à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, da Lei 11.343/2006).

Ordem denegada (HC 133.922/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 28.09.08).

6. De forma diversa a esse posicionamento, conheço e reverencio o recente entendimento do colendo STF de ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); no entanto, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

7. Entendo não ser razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

8. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição *formam o conjunto* da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da sanção. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

9. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade na aplicação da pena, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

10. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, para que o Juízo da VEC avalie como entender de direito a possibilidade de substituição da pena.

11. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, com a ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, conforme parecer ministerial.

12. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0192179-3

HC 187.962 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10521090816054 521090816054

EM MESA

JULGADO: 22/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CAIO ALEX DA SILVA
ADVOGADO	: NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: CAIO ALEX DA SILVA

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.