



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.690 - BA (2011/0025918-7)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : RODOLFO MASCARENHAS LEÃO E OUTRO
ADVOGADO : RODOLFO MASCARENHAS LEAO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : ROMILDO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : EDMILSON DE MELO FREIRE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
2. No caso, não se revela socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista a quantidade e a diversidade de droga apreendida na residência do paciente, a saber, cocaína e *crack*" (e-fl. 20).
3. Tal fato indica que a negativa do benefício da substituição de pena encontra guarida na norma do art. 44, III, do CP. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.
4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 27 de setembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.690 - BA (2011/0025918-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Romildo dos Santos e Edmilson de Melo Freire, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que denegou a ordem ali impetrada.

Consta dos autos que os ora pacientes foram condenados, cada um, à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 9 (nove) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 278 (duzentos e setenta e oito) dias-multa, pela prática do crime previsto no arts. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, pois transportavam, juntamente a outro corréu, "uma certa quantidade (6,42 kg) de substância entorpecente conhecida vulgarmente como cocaína e (330 g) da substância entorpecente conhecida vulgarmente como *crack*" (e-fl. 20).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** objetivando a substituição da sanção corporal por medida restritiva de direitos. A ordem, como dito, foi denegada.

Neste *writ*, alega-se que os ora pacientes preenchem todos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal, fato este que pode ser verificado na própria sentença condenatória que os considerou primários. Acrescentam que os pacientes estão próximos de atingir mais da metade da pena em regime fechado.

A liminar foi indeferida à fl. 38.

O feito, que tinha como Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, foi a mim atribuído em 29.8.2011.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, manifestou-se pela concessão da ordem (e-fl. 86/91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.690 - BA (2011/0025918-7)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): De início, saliente-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei n.º 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

Nesse particular, veja-se a decisão tomada pelo seu Plenário:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC nº 97.256/RS, Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, DJe de 16/12/2010)

No caso, entretanto, não me parece socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista principalmente a quantidade e diversidade de droga apreendida na residência do paciente.

Com efeito os pacientes foram flagrados transportando "uma certa quantidade (6,42 kg) de substância entorpecente conhecida vulgarmente como cocaína e (330 g) da substância entorpecente conhecida vulgarmente como crack" (e-fl. 20).

Ora, a quantidade e diversidade de droga ali encontrada indica que a negativa do benefício da substituição de pena encontra guarida na norma do art. 44, III, do CP.

Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consubstanciaria, em verdade, infringência ao princípio da proporcionalidade na parte em que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, no caso, a saúde pública.

Vejam-se os precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90. Precedentes.

2. 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, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. **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, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal, tendo em vista o reconhecimento, na sentença, da intensa reprovabilidade de sua conduta, aferida a partir da quantidade da droga apreendida (22,97 gramas de cocaína).**

4. Ordem denegada.

(HC 204.327/DF, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 8.9.2011), sem destaques no original.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEGISLAÇÃO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE NO CASO DOS AUTOS. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL.

1. Embora o não conhecimento da matéria pelo Tribunal a quo impossibilite a análise da questão por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, vislumbro manifesta ilegalidade a ensejar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem, de ofício.

2. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

3. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

4. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

5. No caso, apesar do reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, a variedade dos entorpecentes 13,74 g (treze gramas e setenta e quatro decigramas) da substância conhecida como crack e 25,85 g (vinte e cinco gramas e oitenta e cinco decigramas) de cocaína recomendam o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação.

6. Dentro das mesmas balizas, penso ser não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC nº 185.406/SP, de minha relatoria, DJe de 1º.7.2011)

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0025918-7

HC 196.690 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1366270201080500000 187759020098050274

EM MESA

JULGADO: 27/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RODOLFO MASCARENHAS LEÃO E OUTRO
ADVOGADO	: RODOLFO MASCARENHAS LEAO E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE	: ROMILDO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	: EDMILSON DE MELO FREIRE (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.