



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 109.394 - MS (2008/0137225-4)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : ANILDO FÁBIO DE ARAUJO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : THALES NEVES BALTAZAR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PREJUDICADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REDUÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS FIXADO EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO NA ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE DO ENFRENTAMENTO DO PLEITO DE ABSOLVIÇÃO.

1. *Writ* prejudicado parcialmente, no tocante ao pedido de liberdade provisória, dada a superveniência do trânsito em julgado da condenação do paciente.

2. Não se vislumbra interesse no pedido de redução da pena, visto que ela acabou por permanecer no patamar mínimo em razão da incidência das atenuantes de confissão espontânea e menoridade, não se olvidando que as atenuantes não poderiam mesmo conduzir a uma redução aquém do mínimo legal, a teor do enunciado nº 231 da Súmula desta Corte.

3. O estabelecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em apenas em 1/6 (um sexto) foi justificado na elevada quantidade de droga apreendida (135 quilos de maconha), fundamento que encontra guarida na jurisprudência desta Casa.

4. O regime prisional para o tráfico de drogas é o inicial fechado, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, vedada também a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, em razão do disposto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, remarcando-se que o crime foi cometido em 8/6/07, na vigência dos referidos diplomas.

5. Pleito de absolvição que exige necessariamente o cotejo probatório, inviável de ser operado na via eleita.

6. **Habeas corpus** parcialmente prejudicado e, na outra parte, denegado.

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 maioria, conhecer em parte do pedido de **habeas corpus** e, nessa parte, denegar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido em parte o Sr. Ministro Nilson Naves que concedia em parte a ordem de **habeas corpus**. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentou oralmente o Dr. ANILDO FÁBIO DE ARAÚJO, pela parte
PACIENTE: THALES NEVES BALTAZAR

Brasília (DF), 02 de março de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 109.394 - MS (2008/0137225-4)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: A hipótese é de **habeas corpus** impetrado em favor de Thales Neves Baltazar contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, em sede de apelação, manteve sua condenação por tráfico de drogas, reduzindo a reprimenda a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Requer a concessão da liberdade provisória, bem assim a redução da pena, com aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no grau máximo, e a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Busca, também, ver estendida ao paciente a absolvição operada em relação a três corréus.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 109.394 - MS (2008/0137225-4)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Primeiro, encontra-se prejudicado o pleito de concessão de liberdade provisória, dado que esta Corte não conheceu - em decisão de 25/11/09, transitada em julgado em 20/1/2010 – do Agravo de Instrumento nº 1.169.630/MS, interposto pelo paciente contra a decisão que inadmitiu seu recurso especial, decorrendo a prisão, agora, de sentença definitiva.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, juntamente outras pessoas, em Paranaíba, no Mato Grosso do Sul, por transportar, em um automóvel, **135,698 kg de maconha**, que seriam levados a Brasília/DF.

Foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, a 6 (seis) anos e 1 (um) mês de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 612 (seiscentos e doze) dias-multa.

O Tribunal de origem, dando parcial provimento à apelação da defesa, reduziu a pena ao mínimo legal por conta da incidência da atenuante de menoridade e confissão, afastando, ainda, a causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06 (*tráfico interestadual*), reduzindo a sanção final a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Leia-se, na parte da dosimetria, a acórdão:

O magistrado sentenciante, ao dosar a pena-base do recorrente, considerou como desfavoráveis a circunstâncias judiciais referentes ao grau de reprovabilidade da conduta e motivos do crime (ambição/lucro fácil). Fixou, portanto, a pena-base do apelante pouco acima do mínimo legal, estipulando-a fundamentalmente em 6 anos de reclusão e ao pagamento de 600 dias-multa.

Entretanto, penso que o patamar de redução referente às atenuantes da confissão espontânea e menoridade (cujo pedido de reconhecimento desde já afasto, por manifesta improcedência) foi demasiadamente ínfimo, razão pela qual, em razão das duas atenuantes, diminuo a pena do apelante ao patamar mínimo legal, qual seja, 5 anos e 500 dias-multa.

No que se refere à causa de diminuição referente ao art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantenho o mesmo patamar de redução aplicado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado a quo (1/6), pois, conforme bem salientado, o apelante foi flagrado transportando enorme quantidade de entorpecentes, fato que, subjetivamente, enseja a aplicação da causa redutora em patamar mais gravoso.

Assim, o aumento da pena-base e a aplicação do patamar mínimo como causa de redução decorrente do tráfico privilegiado foi precedido de razoável justificativa e embasamento, atendendo-se aos requisitos previstos nos artigos 59 do CP; 33, § 4º, e 42 da Lei de Drogas, razão pela qual não há falar em alteração da pena imputada.

Primeiro, não vislumbro interesse no pleito de redução da pena, visto que ela acabou por permanecer no patamar mínimo em razão da incidência das atenuantes de confissão espontânea e menoridade. Não se olvide que as atenuantes não podem conduzir a uma redução aquém do mínimo legal, a teor do enunciado nº 231 da Súmula desta Corte.

No tocante à minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, observo que o seu estabelecimento apenas em 1/6 (um sexto) foi justificado na elevada quantidade de droga apreendida (135 quilos de maconha), fundamento que encontra guarida na jurisprudência desta Casa.

Sejam exemplos:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR A QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

(...)

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

VII - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição de pena no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida.

Ordem parcialmente concedida.

(HC 133.789/MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 5.10.09)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA NOVA LEI. APLICABILIDADE. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. PLEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME. QUESTÃO NÃO ARGUIDA, NEM APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Verificado que o delito foi cometido sob a égide da nova Lei n.º 11.343/06, e uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos previstos no seu art. 33, § 4.º, é de rigor a aplicação da aludida causa de diminuição, não se tratando de mera faculdade do julgador.

2. Os parâmetros fixados no art. 42 da citada Lei devem ser utilizados pelo magistrado não como forma de vedar a aplicação da minorante, mas como critério para o estabelecimento do quantum, ou seja, do grau de redução que, in casu, varia de 1/6 a 2/3.

3. Na espécie, **considerada pelo Tribunal de origem como expressiva a quantidade da droga apreendida (quase 1 kg de maconha), cuja natureza não pesa em desfavor do Paciente, bem assim 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.**

4. 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 e, também, de ofício, para que seja o Paciente submetido ao regime aberto, mediante aferição dos requisitos subjetivos e estabelecimento de condições pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC nº 129.626/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 8/9/2009)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. CABIMENTO. TRANSNACIONALIDADE. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, se aplicam aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. Considerando a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, a redução pode ser fixada em patamar inferior ao máximo previsto na Lei Antidrogas.

3. No caso concreto, a paciente transportava mais de 24 (vinte e quatro) quilos de cocaína, o que possibilita a redução em 1/3 (um terço).

4. Em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica, a nova lei que rege os crimes de tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 40, inciso I) deve ser aplicada quando incidir a causa de aumento decorrente da transnacionalidade do delito, elevando a pena em um sexto e não mais em um terço como estipulado nas instâncias precedentes. Concessão de ofício.

5. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/3 (um terço) e diminuindo a majoração em razão da causa de aumento decorrente da transnacionalidade do delito em seu patamar mínimo - 1/6 (um sexto) -, reduzir as penas impostas à paciente, fixando-as, definitivamente em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 51 (cinquenta e um) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade. (HC 119922/SP, de minha relatoria, DJ de 23.3.09)

Ressalte-se que o regime prisional é o inicial fechado, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, vedada também a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, em razão do disposto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, remarcando-se que o crime foi cometido em 8/6/07, já na vigência, portanto, dos referidos diplomas.

Com efeito, ressalvado o entendimento deste relator, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 4.11.09, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada por esta Sexta Turma, no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, reconhecendo a validade da norma proibitiva da conversão da pena.

A propósito, vejam-se, ainda, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR O PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. *Não se mostra cabível a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, uma vez que tal benefício é vedado pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06, dispositivo reconhecido como constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal.*

5. Ordem denegada. **Habeas corpus** concedido de ofício a fim de estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

(HC 147.924/SP, de minha relatoria, julgado em 17.11.09)

PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006 – REDUÇÃO MÍNIMA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – EXAME FAVORÁVEL DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – AGENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES – REDUÇÃO MÁXIMA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXPRESSAMENTE PROIBIDA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. A Lei Antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo.

4. Admite-se, tão-só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando se tratar de crime cometido sob a égide da Lei 6368/76, pois até então a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não se podendo ampliar o leque de restrição então estabelecido naquela oportunidade.

5. Ordem parcialmente concedida para elevar o quantitativo de diminuição em virtude da minorante específica.

(HC 118.098/SP, Ministra Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, DJe 9.12.08)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INADMISSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ADMISSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECEDENTES.

(...)

4. A Lei n.º 11.343/06 vedou expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos delitos previstos nos seus arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37. Precedente.

5. A previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo dos réus, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, b, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena imposta aos Pacientes. (HC nº 128.256/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 26.10.2009)

Por fim, o pleito de absolvição exige necessariamente o cotejo probatório, inviável de ser operado na via eleita.

Ante o exposto, julgo em parte prejudicado o **habeas corpus** e, na outra parte, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 109.394 - MS (2008/0137225-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Srs. Ministros, peço vênua ao Relator para conceder, em parte, a ordem. Nova não é a questão que ora nos vem, a cujo propósito sempre me tenho externado assim e assim, por exemplo, como me externei no HC-120.353, seja, a seu respeito, na Turma, seja na Corte Especial (quando lá julgamos o incidente de inconstitucionalidade). Então, o voto que tenho em mãos não é outro, outro não é senão o voto escrito para aquelas ocasiões.

2. Dúvida alguma tenho a respeito da procedência da arguição que eu próprio provoquei na Turma (embora dela lá nem dependesse) – são inconstitucionais as suscitadas cláusulas da Lei nº 11.343/06.

Antes mesmo que, por declaração de inconstitucionalidade no ano 2006 (HC-82.959, Ministro Marco Aurélio), deixasse de compor o nosso ordenamento jurídico o malfeito e malvisto § 1º do art. 2º da infeliz Lei nº 8.072, de 1990, a 6ª Turma, entre outros conceitos, tinha o de admitir a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, tal, quem sabe, desde o ano 2004, quando lá ultimamos o julgamento do HC-32.498 – pela concessão, Medina (relator) e Naves; pela denegação, Carvalhido e Gallotti –, e foi quando votei da seguinte maneira:

"Juridicamente, é possível a substituição tal qual a defende o Relator? Ao que cuido, também penso que sim, pois, na hipótese em discussão, há de vir a pêlo a disciplina inscrita no aludido art. 44.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, não são de hoje nem de ontem, mas de anteontem os apelos no sentido de que se deve, por uma série de razões de todos nós amplamente conhecidas, incentivar sejam adotadas sanções outras para os denominados delinquentes sem periculosidade. Por exemplo, confirmam-se os seguintes tópicos de três exposições de motivos: (I) 'Parece fora de dúvida que a gravidade da situação exige a imediata reformulação de alguns dispositivos legais, de modo a reservar o recolhimento a prisão para os criminosos de maior periculosidade, possibilitando aos estabelecimentos existentes dedicar-se com maior rigor àqueles cuja conduta representa mais acentuado perigo, quer para as pessoas, individualmente, quer para a sociedade, orientação que se coaduna com as recomendações de vários organismos internacionais' (Exposição de motivos da Lei nº 6.416/77); (II) 'Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma 'procura mundial' de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade' (Exposição de motivos da nova Parte Geral do Cód. Penal); (III) 'O espírito que norteou a Reforma de 1984 continua presente nesta parte, principalmente quando reafirmamos que 'uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para crimes de pequena e média gravidade, se assim considerar o juiz ser medida justa. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade' (Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.473/00, que altera a Parte Geral do Cód. Penal).

Então, se razão estritamente jurídica não houvesse, mas há, sem dúvida que há, razões de política criminal igualmente existem, ótimas e suficientes razões. Nos últimos dias – e isso já aconteceu em outros momentos, inclusive através de palavras minhas –, a imprensa escrita e falada dedicou páginas e páginas, palavras e palavras ao sistema prisional brasileiro, que passa, segundo as reportagens, 'por uma crise sem precedentes'.

Confira-se, entre outras, a edição 316 da Revista Época, que constata, primeiro, que 'cerca de 30% da população prisional poderia estar cumprindo penas alternativas. A aplicação não chega, porém, a 10% dos casos, enquanto na Europa atinge 70%'; segundo, que 'a desorganização prolonga a estada de quem já podia ter saído da prisão'. Confira-se, também, o artigo de Janio de Freitas publicado na Folha de S. Paulo de 6.6.04, que afirma: 'No Brasil enraizou-se a idéia de que a cadeia é escola do crime. Será a cadeia? Ou a escola do crime é a sociedade que, por suas representações políticas e institucionais, cria e preserva condições das quais o ser humano é levado a sair como ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desumano, se ainda não o era depois das experiências precedentes?'

Já disse, mais de uma vez, mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo; aliás, o agravamento das penas, por si só, não constitui fator de inibição da criminalidade. Estou entre aqueles que defendem a necessidade de um direito penal humanitário.

Acompanho o Relator, também expedindo de ofício a ordem de habeas corpus."

Mas, no HC-120.353, lembrou o Relator a lei de 2006, Lei nº 11.343, que assim dispõe no art. 44: "Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos." De igual sorte, o § 4º do art. 33: "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

3. Como disse linhas antes, desde o ano 2004, já admitíamos a substituição, e há, entre nós, principalmente no ambiente da 6ª Turma, um sem-número de julgados a propósito da substituição da pena mais gravosa. De minha parte, não terei, então, o que mais acrescentar ao que, primeiramente, escrevi para o HC-32.498, isso porque o quadro de hoje se me apresenta o mesmo quadro de ontem. Vejam que, ontem, era o já referido § 1º do art. 2º e que, hoje, é o também já referido art. 44; ora, se, a despeito de um, tal não nos impediu de ontem substituirmos uma pena por outra, o mesmo há de suceder hoje, principalmente eu penso assim, embora a lei de 2006 seja, digamos, mais enfática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A lei de 2006 também alude, no art. 44, à fiança e à liberdade provisória; não obstante essa alusão, temos, na 6ª Turma, decidido da seguinte maneira (valho-me, a propósito, do HC-112.947, de 2009, de que fui relator):

"Prisão em flagrante (tráfico ilícito de drogas). Liberdade provisória (indeferimento). Fundamentação (gravidade dos fatos e vedação legal). Coação (existência). Sentença (trânsito em julgado).

1. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

2. Toda e qualquer prisão que tenha caráter de medida cautelar há de vir, sempre e sempre, efetivamente fundamentada. É o sistema – decorre das normas que informam o ordenamento jurídico brasileiro.

3. Se o indeferimento da liberdade provisória está apoiado na gravidade dos fatos, tal aspecto é insuficiente para justificar, a contento, a manutenção de medida de índole excepcional.

4. Também não é suficiente, evidentemente, a reportagem, e simples, ao frio texto da lei (por exemplo, ao art. 44 da Lei nº 11.343/06), porque, se assim fosse, a prisão provisória passaria a ter caráter de prisão obrigatória, e não é esse o seu caráter.

5. Admite-se a liberdade provisória, mesmo que se trate de crime inafiançável.

6. Caso no qual o ato judicial que indeferiu a liberdade provisória carece de suficiente motivação; falta-lhe, portanto, validade, decorrendo daí ilegal coação.

7. Do mesmo modo, se à superveniente sentença penal condenatória falta persuasiva motivação, o melhor dos entendimentos é o de que a ré poderá, em liberdade, aguardar o trânsito em julgado.

8. Ordem de habeas corpus concedida."

5. Estaria, portanto, sem mais nada, votando pela inconstitucionalidade das expressões "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" – isso pelo fato de haver, em caso que tal, conflito com o princípio que assegura a individualização da pena (inciso XLVI do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 5º da Constituição). Também, com o art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana.

Observem o que escrevi no item 7 do voto para o HC-76.779:

"7. Tão relevante é a fundamentação, que a não-fundamentação da decisão coloca-nos diante de situação estranhíssima. Imaginemos duas condutas: uma, a de alguém expondo à venda um grama de substância entorpecente; outra, a de alguém expondo à venda (tendo em depósito, etc.) cem quilos de substância entorpecente – são condutas diferentes, é claro. É lícito ao juiz dar a ambas as condutas igual tratamento, a saber, negar a tais acusados liberdade provisória (foram presos em flagrante) sem nenhum fundamento, salvo a referência à lei pertinente? Isso me soa estranho, estranhíssimo.

Há ilustres pensamentos – estou fazendo um registro – que levam em consideração a quantidade. Porém não é o meu caso. O que eu exijo, digamos, kelsenianamente – estou sendo bem mais positivista do que jusnaturalista –, é que se trate, di-lo a lei com todas as letras e com toda seriedade, de ordem escrita e fundamentada, repito, fundamentada de autoridade judiciária competente. Estaria, pois, aplicando a lei, simplesmente; a saber, na minha compreensão, estaria simplesmente aplicando a lei."

São condutas diferentes, totalmente desiguais, e a recomendação, a melhor delas, é no sentido de que haja soluções diferentes, se lá no caso do HC-76.779, também neste caso e principalmente nele, sob pena, aqui principalmente, de ofensa à correta individualização da pena, também ao indicado princípio em que se funda a República Federativa do Brasil.

Aliás, sobre sentido e limites da pena, já escrevi o seguinte (REsp-661.365, DJe de 7.4.08):

"Falemos do outro mal, a mania da criminalização, do aumento das penas privativas de liberdade, da distinção entre crimes e crimes, uns hediondos e outros não-hediondos, como se todos não o fossem – que desastrosa e infeliz distinção! –, enfim, falemos dessas manias, que muitos supõem necessárias à prevenção dos crimes. Que engano, absolutíssimo engano! Não é dessa forma que se assume posição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendente a prevenir o crime, porquanto, verbi gratia, não se previne crime algum aumentando a sua pena, digamos, a mínima de um para dois ou três anos, a máxima, de quatro para cinco ou seis anos.

Há maus momentos legislativos aqui e ali, um desses foi o da lei que dispõe sobre os denominados crimes hediondos, lei proveniente de um desses tristes momentos da dogmática penal. O meu discurso não bate com as concepções legislativas, não bate porque, respeitosamente, a lei foi um passo atrás, bem atrás, e o Direito (como ciência), mormente o Penal (a moderna dogmática), está à frente, estamos bem à frente. À pergunta a propósito do sentido da pena estatal (observem isto: quais os seus limites, qual a legitimação do poder estatal) o alemão Roxin responde dizendo que não podemos nos 'contentar com as respostas do passado, visto que a situação histórico-espiritual, constitucional e social do presente exige que se penetre intelectualmente num complexo com várias facetas'.

Dos fins imediatos da pena, a saber, o de intimidar, o de corrigir (o da reabilitação ou ressocialização) e, por que não, o de impossibilitar, temporariamente, a prática de outros crimes, filósofos e penalistas oitocentistas e novecentistas, entre os quais Beccaria (1738-1794), Carmignani (1768-1847) e Feuerbach (1775-1833), conquanto tenham liderado movimentos tendentes a humanizar o sistema penal (num momento de situações de violação, opressão e iniquidade quanto a espécies de pena e quanto ao cumprimento), colocaram-se, entretanto, relativamente aos fins imediatos da pena, ao lado do primeiro daqueles fins, isso porque, para eles, não tinha a sanção penal outro efeito além do poder de intimidar, de coagir psicologicamente o autor do crime.

Kant (1724-1804) tinha a pena como imperativo categórico – exigência de justiça absoluta, retributiva, medida pelo talião ('vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé', Deuteronômio 19:21). Em seu 'Dicionário', escreveu Caygill que, (I) para Kant, a punição havia de ser 'infligida para um crime e não como um meio para algum outro fim' (por exemplo, desencorajar outros, ou reabilitar); (II) que a tese retributiva de Kant foi desenvolvida por Hegel; (III) que a tese kantiana foi recentemente eclipsada por argumentos 'que sublinham as finalidades de dissuasão e reabilitação servidas pela punição'. Entretanto, completou Caygill, a partir da década de 80, 'registrou-se um interesse renovado pelas filosofias retributivas de punição' (J. Zahar, 2000, págs. 212/213).

Todavia leia-se, ao lado de outros existentes instrumentos legislativos, a Constituição da Itália, com vigência a partir de 1948, nesta passagem do seu art. 27: 'As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.' De semelhante feitio, a Constituição da Espanha de 1978, art. 25, número 2: 'Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...' Analogicamente, o Parlamento Europeu vem recomendando, a propósito da adoção de política penal e de política de execução penal, que os Estados-Membros acolham medidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativas à reeducação do condenado, sua instrução, reabilitação e reinserção social e profissional. Vem, ainda, recomendando maior aplicação das denominadas sanções alternativas em substituição à encarceração.

Fomos aplaudidos, ainda no Império, em virtude do Código de 1830, 'obra legislativa', escreveu Aníbal Bruno, 'realmente honrosa para a cultura jurídica nacional, como expressão avançada do pensamento penalista no seu tempo'; talvez não tenhamos sido aplaudidos com o Código de 1890, mas não deixou ele, como também observou Bruno, de se apresentar 'como obra de estrutura geral avançada'. Progredimos, é claro, com o Código de 1940, entre outros pontos, com a instituição da execução da pena pelo sistema progressivo: '... de modo que a pena imposta, além do seu caráter aflictivo (ou retributivo), deve ter o fim de corrigir, de readaptar o condenado' (Exposição, nº 31).

Se se lhe nega o caráter de correção, de readaptação do condenado, a pena estatal privativa de liberdade se desfigura, deslegitima-se até, e ao Estado, então, faltariam meios que a justificassem legítima e legalmente; entre nós, por exemplo, ao que eu creio, **faltam ao Estado brasileiro meios legítimos que justifiquem o descrímen relativamente ao cumprimento dessa pena**, visto que, quando a lei estabelece o seu cumprimento fazendo discriminação, a essa pena se está negando o caráter de readaptação, e aí como ficam os princípios da igualdade de todos perante a lei e da individualização da pena? Princípios que conosco estão convivendo há bastante tempo (vejam que o da individualização convive conosco desde o Código de 1830).

.....

Infelizmente, a lei sobre crimes hediondos terminou por fazer pouco caso de alguns princípios, talvez tenha mesmo o legislador procedido de caso pensado, mas, ao ver de uma plêiade de juristas, também a meu ver, **tal procedimento foi de encontro a princípios benéficos que vigem desde os tempos mais remotos** (igualdade de todos, individualização da pena, reabilitação, etc.). Ora, à Lei nº 8.072, de 25.7.90, só lhe faltou mesmo a criação da figura do 'abominável réu', aquela figura constante da sentença de 19.4.1792 que condenou José da Silva Xavier à força a fim de que nela morresse (morte natural) para sempre.

De tão ilegítima, de tão ilegal, de tão insensata, de tão chocante e de tão inconstitucional que é em algumas de suas disposições, **a Lei nº 8.072**, quando escapa da incompatibilidade entre normas infraconstitucionais e constitucionais, **é um diploma que só pode ser visto como aqueles de interpretação estrita**, tal como são de interpretação estrita, na feliz lembrança de Maximiliano, 'as disposições que restringem a liberdade humana'.

Apropriada, assim e portanto, a transcrição de um trecho das 'Memórias da Casa dos Mortos', de Dostoiévski. Ei-la: 'O presídio e os trabalhos forçados não fazem mais do que fomentar o ódio, a sede de prazeres proibidos e uma terrível leviandade de espírito no presidiário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estou convencido de que, com o famoso sistema celular, apenas se obtêm fins falsos, enganosos, aparentes. Esse sistema rouba ao homem a sua energia física, excita-lhe a alma, debilita-lha, intimida-lha, e depois apresenta-nos uma múmia moralmente seca, um meio louco, como obra da correção e do arrependimento.' Que espécie de correção, hem? Dostoiévski saiu do presídio em 1854, e as 'Memórias' vêm a lume em 1860; de lá para cá, é certo, presídio não mudou tanto. Essa constatação, no entanto, não nos há de desanimar, aliás, penso eu, há de levar-nos, em primeiro lugar, a pregar a sua total reforma, em segundo lugar, a reconhecer o caráter de correção da pena."

6. Por fim, eis a ementa do já referido HC-82.959, no Supremo Tribunal Federal:

"Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90."

A mim se me afigura, perdoem-me o excesso se o estou, de fato, cometendo, que, como a progressão tem a ver com a garantia da individualização, de igual modo, a substituição da pena mais gravosa.

7. É certo que a Corte, contra dois votos, o do Relator (Ministro Og Fernandes) e o meu, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, contudo, quanto a mim, eis o que disse eu na Turma e na Corte:

"... a 6ª Turma, entre outros conceitos, tinha o de admitir a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, tal, quem sabe, desde o ano 2004, quando aqui ultimamos o julgamento do HC-32.498 – pela concessão, Medina (relator) e Naves; pela denegação, Carvalhido e Gallotti –, e foi quando votei da seguinte maneira:

.....
Como disse linhas antes, desde o ano 2004, já admitíamos a substituição, e há, entre nós, principalmente no ambiente da 6ª Turma, um sem-número de julgados a propósito da substituição da pena mais gravosa. De minha parte, não terei, então, o que mais acrescentar ao que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeiramente, escrevi para o HC-32.498, isso porque o quadro de hoje se me apresenta o mesmo quadro de ontem. Vejam que, ontem, era o já referido § 1º do art. 2º e que, hoje, é o também já referido art. 44; ora, se, a despeito de um, tal não nos impediu de ontem substituirmos uma pena por outra, o mesmo há de suceder hoje, principalmente eu penso assim, embora a lei de 2006 seja, digamos, mais enfática.

.....

Estou, portanto, sem mais nada, votando no sentido de conceder a ordem, mas, se necessário for, se for do gosto da Turma, isto é, se lícito não for, sem mais nada, a concessão da ordem, estou, então, arguindo a inconstitucionalidade..."

8. Sou pessoa de ideias, de ideias firmes quando delas me convenço. Já disse isso em várias oportunidades. Estou, no caso, aliás, sempre estive, plenamente convencido de que são ideias exatas, como expus no correr deste voto.

Concluindo, Srs. Ministros, voto pela concessão parcial da ordem, de sorte que substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos – prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. Fica a cargo do Juiz da execução estabelecer o que for necessário para a implementação das penas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0137225-4

HC 109394 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18070018143 20070269595 718143

EM MESA

JULGADO: 02/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EDUARDO ANTÔNIO DANTAS NOBRE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANILDO FÁBIO DE ARAUJO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : THALES NEVES BALTAZAR (PRESO)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **ANILDO FÁBIO DE ARAÚJO**, pela parte **PACIENTE: THALES NEVES BALTAZAR**

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 maioria, conheceu em parte do pedido de habeas corpus e, nessa parte, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido em parte o Sr. Ministro Nilson Naves que concedia em parte a ordem de habeas corpus."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 02 de março de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário