



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.840 - RJ (2010/0226962-5)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : LÉA ARRIGUI DE ARAÚJO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PRISCILA PEREIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, considerando a quantidade de entorpecente apreendida (9,5 g de cocaína), preenchidos os requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não-dedicação às atividades criminosas e não-integração à organização criminosa, a paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena em seu patamar máximo.

2. É possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte. No caso em tela, o regime mais brando mostra-se adequado, tendo em vista tratar-se de pena inferior a 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), levando-se em conta que a reprimenda básica foi fixada no mínimo legal, ante a existência de circunstâncias judiciais favoráveis à paciente.

3. Desde o julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas.

4. Confirmando esse entendimento, no julgamento do HC nº 97.256/RS, o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 11.343/2006 que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas.

5. **Habeas corpus** concedido para fixar a pena da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de maio de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.840 - RJ (2010/0226962-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Priscila Pereira da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal do Rio de Janeiro.

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, **caput**, c/c o § 4º, da Lei nº 11.343/06, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 400 dias-multa, por ter sido surpreendida com 9,5 g de cocaína. Em sede de apelação, foi dado parcial provimento ao apelo da defesa para, aumentando o **quantum** da causa de diminuição de pena de 1/3 para 1/2 e fixada a pena-base no mínimo legal, reduzir a reprimenda ao patamar de 2 anos e meses de reclusão, e 250 dias-multa.

Busca a impetração seja aplicado o percentual máximo de diminuição da pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, alegando que as circunstâncias judiciais são favoráveis à paciente. Requer, ainda, que o regime de cumprimento da pena seja o aberto, bem a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Notificada a autoridade coatora prestou informações às fls. 82/85.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 59/74), opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para determinar o Juiz da Vara de Execuções Penais que analise e decida se o paciente pode ser agraciado com a pretendida substituição da reprimenda privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.840 - RJ (2010/0226962-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Tenho que a ordem comporta concessão.

Disse o juiz de primeiro grau, no que interessa:

*“Ante o exposto, julgo procedente a pretensão punitiva estatal em relação ao delito de tráfico de entorpecentes e, em consequência, condeno a ré Priscila Pereira da Silva, por transgressão ao preceito primário contido no tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, pelo que passo a aplicar-lhe a pena. A ré é primária e ostenta bons antecedentes, conforme FAC de 45/47. Quanto à culpabilidade da ré, entendo de classificá-la como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família. Sua personalidade e conduta sociais são desfavoráveis, posto que trata-se de traficante de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade. Os motivos e circunstâncias do crime também não lhe favorece, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas. Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e a grande quantidade da substância entorpecente apreendida, bem como sua natureza consistente em cloridrato de cocaína, entorpecente com alto poder alucinógeno e destrutivo do organismo e que invade casa vez mais a sociedade (art. 42 da Lei nº 11.343/06), aplico a ré a pena de 6 anos de reclusão, cumulada com 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ante sua condição econômica, sendo certo que conforme Jurisprudência recente a apreensão de elevada quantidade de drogas já é suficiente para a fixação da pena base acima do mínimo legal. Nesse sentido: HC 140.221 - STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. **Tendo em vista que a ré cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, diminuo a pena em 1/3, passando para 4 anos de reclusão cumulada com 400 dias multa.** Torno a pena definitiva diante da ausência de outras causas de alteração de penas previstas em lei penal. A pena*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pecuniária fica fixada no valor unitário mínimo legal. A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07." (fl. 93)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao dar parcial provimento ao apelo da defesa, assim se manifestou:

"No que concerne ao pedido de diminuição da pena para o mínimo legal, assiste razão à apelante. Não se há de ser aumentada a pena-base para além do mínimo legal só porque o Juiz considera ser grave a infração. A acusada é primária e de bons antecedentes. Não é razoável exasperar de um ano na pena-base, que deve retornar ao mínimo legal (5 anos). A gravidade da infração, ao ser fixado o piso da pena em cinco anos, já se encontra considerada pelo legislador.

*Quanto ao requerimento de aplicação do redutor de 2/3, na forma do art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, a redução utilizada pelo juízo **a quo**, de 1/3, merece pequeno reparo. Diante das circunstâncias do fato, essa redução fica mais razoável, se estabelecida em 1/2 (metade). Tal redutor, tendo em vista a alteração da pena-base para o mínimo legal (5 anos de reclusão e 500 dias-multa) a tornará definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias multa.*

Com relação ao regime prisional, impõe-se o inicialmente fechado, conforme consta da sentença e previsto no art. 2º, § 1º, da lei 8072/90. O pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, esbarra na vedação legal contida no art. 44 da lei 11343/06." (fl. 65)

Como visto, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem aplicaram a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 na proporção de 1/3 e 1/2, respectivamente, sem justificar de forma efetiva as razões pelas quais não aplicaram a redução em seu patamar máximo (dois terços).

Entendo, contudo, uma vez preenchidos os requisitos legais pela paciente, fixada a pena-base no mínimo legal - 5 anos de reclusão e 500 dias-multa -, e considerando a quantidade de entorpecente apreendida (9,5 g de cocaína), deve prevalecer a aplicação da aludida causa de redução de pena no máximo legal, ou seja, em 2/3.

Nesse sentido:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEZESSEIS GRAMAS DE COCAÍNA E TRINTA E NOVE GRAMAS DE MACONHA. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos 11.343/06 E 11.464/07. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM GRAU MÁXIMO. POSSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DA PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. Preenchidos os requisitos legais e não havendo particularidades a ensejar a adoção de percentual diverso – pequena quantidade de droga apreendida (16 gramas de cocaína e 39 gramas de maconha) –, deve ser aplicada a causa de diminuição da pena no patamar máximo (dois terços).

2. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. 3. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos. 4. Ordem concedida para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, consequentemente, a reprimenda imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto. Substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções." (HC nº 168.679/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 23/8/2010.)

B - "PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA.

I - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).

II - No caso concreto, verifica-se que a r. sentença condenatória carece, na aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, no percentual de 1/3 (um terço), de fundamentação objetiva imprescindível.

III - Assim, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 consideradas totalmente favoráveis e, por fim, pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), por preencher os requisitos legais.

Ordem concedida." (HC nº 136.335/MG, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe de 13/10/2009.)

Assim, fixada a pena-base no mínimo legal, estabeleço a redução de pena no percentual de 2/3, em razão da incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, chegando a reprimenda ao patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, que torno definitiva ante a ausência de outras causas de aumento e diminuição de pena.

De outro lado, como se percebe, o Tribunal de Justiça estabeleceu o regime prisional fechado essencialmente em razão do disposto na Lei de Crimes Hediondos, em dissonância com o entendimento sufragado pela Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, no sentido de não ser razoável a sua aplicação literal, eis que alheio às particularidades do caso concreto, sendo mister a observância do princípio da individualização da pena.

No caso, considerando a primariedade da paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, bem como a quantidade de pena corporal imposta - 1 (um) ano e 8 (onze) meses de reclusão -, levando em conta, ainda, não ser grande a quantidade de droga apreendida, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, como estabelecido pela magistrada de primeiro grau.

São os nossos precedentes:

A - "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão." (HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010.)

B - "HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva." (HC nº 128.889/DF, Relator o Desembargador convocado **CELSON**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIMONGI, DJe de 5/10/2009.)

De outro giro, muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, realizado em 18/3/2010, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas.

Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC nº 176.919, cujo acórdão, publicado em 13/12/2010, ficou assim resumido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 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.

2. 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.

3. O STF 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.

4. Considerando a pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, bem como a primariedade e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a substituição é medida que se impõe.

5. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; de outro lado, substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana."

(HC nº 176.919/DF, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 13/12/2010)

Confirmando esse entendimento, no julgamento do HC nº 97.256/RS, o pleno Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico sob a égide da Lei nº 11.343/2006. O julgado recebeu a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Relator o Ministro **AYRES BRITTO**, DJe de 15/12/2010.)*

Desse modo, acompanhando os recentes julgados desta Turma e do Supremo Tribunal Federal, entendo que deve ser fixado o regime inicial aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como, preenchidos os requisitos legais, ser devida a substituição da sanção corporal imposta à paciente por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Ante o exposto, concedo o **habeas corpus** para fixar a pena da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0226962-5

HC 192.840 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2009140333509 335096020098190014 75662009

EM MESA

JULGADO: 19/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LÉA ARRIGUI DE ARAÚJO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PRISCILA PEREIRA 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.