



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.593 - SC (2017/0045056-8)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MAX CARVALHO DE ASSIS ROCHA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FINAL DE 1 ANO, 11 MESES 10 DIAS DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 171 DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do art. 44, §2º, do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade superior a um ano, o magistrado poderá substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

2. "A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade." (HC 313.675/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015).

3. No mais, em se tratando de delito previsto em lei especial, constando do preceito secundário do tipo a cominação cumulativa de pena privativa de liberdade com pena pecuniária, inviável a substituição da pena corporal por multa. Inteligência da Súmula 171 do STJ.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.593 - SC (2017/0045056-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MAX CARVALHO DE ASSIS ROCHA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAX CARVALHO DE ASSIS ROCHA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n.º 0001462-79.2016.8.24.0036).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa, por infração ao **art. 33, caput, c/c 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006**. Eis o teor do referido *decisum*, no que interessa (fls. 185/186):

A culpabilidade, compreendida como o grau de reprovabilidade da conduta aparece normal. Não registra antecedentes criminais. Não há elementos nos autos que desabonem a conduta social. Inexistente exame técnico no feito para análise da sua personalidade. Os motivos e as circunstâncias foram normais à espécie. As conseqüências foram todas inerentes ao tipo.

Desta feita, fixo a pena privativa de liberdade em seu mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e presentes as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, previstas no art. 65, incs. I e III, "d", do CP. Contudo, em atenção à súmula 231 do STJ, a pena não será reduzida aquém do mínimo legal já fixado.

Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. VI, da lei n. 11.343/06, conforme acima fundamentado, razão pela qual aumenta-se a pena em 1/6. Ausente a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, conforme acima fundamentado.

Assim, fixo definitivamente a pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. no valor individual de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

Com respeito ao regime inicial de cumprimento da pena, oportuno mencionar que o instituto previsto no art. 387, §2º, do CPP - detração para fins de fixação do regime inicial da pena - não torna o juiz do processo automaticamente no juiz da execução, não obstante respeitável o entendimento contrário. Disso decorre que não se trata de hipótese em que o juiz do processo analisa o benefício da progressão do regime de pena, inclusive por faltar-lhe competência para tanto, mas tão somente fixa o regime inicial, com base na pena já descontada a prisão cautelar.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tendo em vista que o réu se encontra preso preventivamente desde o dia 13/03/2016, verifica-se que o quantum da pena não alteraria o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda.

Dessa forma, o cumprimento inicial da pena se dará no regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP).

Deixo de proceder à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos pelo quantum da pena fixada (art. 44, inc. I, do CP).

Diante desse desate, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a Corte local deu parcial provimento "para readequar a reprimenda ao patamar de 1 ano, 11 meses e 10 dias, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 194 dias-multa, no valor mínimo legal, **substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidade públicas, além do pagamento de prestação pecuniária a entidade pública com fim social, no valor de 1 salário mínimo (CP, art. 45, § 1º).**"

A título de ilustração, confira-se o seguinte trecho do aresto (fls. 263/264):

Na primeira fase da dosimetria fixou-se a pena no mínimo legal.

Na etapa intermediária, estão presentes as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, porém não comporta provimento o pedido de redução da pena aquém do mínimo legal na segunda etapa da dosimetria.

No Superior Tribunal de Justiça o tema encontra-se há muito definido por meio da Súmula n. 231 ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"). O enunciado é reiteradamente aplicado até os dias atuais e foi detalhadamente exposto em sede de recurso repetitivo:

(...)

Dessa maneira, mantém-se a pena em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na fase derradeira, o juiz singular exasperou a pena em 1/6 devido à presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, pois restou comprovado que o acusado adquiria a droga do menor V. V. de L. F.

Quanto à redução da pena com base no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06, assiste razão ao apelante.

Nesse contexto, infere-se que o acusado é primário, possui bons antecedentes e não pertence a organização criminosa. Assim, para que se determine a fração de redução de pena referente ao § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, os Tribunais vêm adotando o posicionamento de que o julgador deve se pautar na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido.

Com efeito, extrai-se dos autos acusado estava na posse de 17 porções de maconha, com massa bruta total de 16,7g.

Dessa maneira, considerando que se trata de droga de baixo potencial lesivo e que a quantidade apreendida é inexpressiva, aplica-se o redutor na fração de 2/3, fixando-se definitivamente a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias, além de 194 dias-multa.

Diante do quantum de pena aplicado, à luz do disposto no art. 33, § 2º, 'c', fixa-se o regime aberto para o início de cumprimento da pena definitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, vislumbra-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, convertendo-se a reprimenda corporal em duas penas restritivas de direitos, consubstanciada em prestação de serviços à comunidade ou a entidade públicas (CP, art. 46) pelo prazo da pena corporal, além do pagamento de prestação pecuniária a entidade pública com fim social, no valor de 1 salário mínimo (CP, art. 45, § 1º), ficando a critério do juiz da execução a definição e a destinação de ambas as sanções alternativas.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DOSIMETRIA - PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA ETAPA - IMPROCEDÊNCIA - OBSERVÂNCIA À SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ALMEJADO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA DO CRIME DE TRÁFICO (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, § 4º) - POSSIBILIDADE - ACUSADO QUE PREENCHE OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante, em síntese, o cabimento da substituição de uma das penas restritivas de direitos aplicadas pela Corte local pela reprimenda de multa.

Nesse sentido, aduz que *"o TJSC ignorou a existência da previsão legal (mais benéfica ao paciente) de substituição da pena privativa de liberdade por multa e uma restritiva de direitos, aplicando — diretamente e sem qualquer fundamentação — a solução mais gravosa, qual seja, a substituição da pena por duas restritivas de direitos"*.

Ressalta que, *"sendo a pena de multa mais favorável ao acusado (já que não pode ser convertida em prisão) do que qualquer pena restritiva de direitos, inclusive da pena de prestação pecuniária (que pode ser convertida em prisão), o juiz somente poderá optar pela pena menos favorável — substituição por duas restritivas de direito, e não por multa e uma restritiva de direito — mediante fundamentação válida."*

Salienta, ainda, que, *"tendo o status libertatis do paciente sido agredido de forma ilegal, com ordem de cumprimento imediato da pena restritiva de direitos imposta, nada mais precisa ser dito para evidenciar a urgência da medida."*

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação em relação à pena restritiva de prestação pecuniária, até o julgamento final do writ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mérito, pugna pela "*substituição da pena de reclusão por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) e multa.*"

Liminar indeferida às fls. 273/276.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela não concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.593 - SC (2017/0045056-8)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FINAL DE 1 ANO, 11 MESES 10 DIAS DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 171 DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do art. 44, §2º, do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade superior a um ano, o magistrado poderá substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

2. "A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade." (HC 313.675/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015).

3. No mais, em se tratando de delito previsto em lei especial, constando do preceito secundário do tipo a cominação cumulativa de pena privativa de liberdade com pena pecuniária, inviável a substituição da pena corporal por multa. Inteligência da Súmula 171 do STJ.

4. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se a analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e multa.

A Corte local deu parcial provimento ao reclamo defensivo para readequar o *quantum* de pena imposto ao paciente, impondo o patamar de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, bem como substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

Na primeira fase da dosimetria fixou-se a pena no mínimo legal.

Na etapa intermediária, estão presentes as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, porém não comporta provimento o pedido de redução da pena aquém do mínimo legal na segunda etapa da dosimetria.

No Superior Tribunal de Justiça o tema encontra-se há muito definido por meio da Súmula n. 231 ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"). O enunciado é reiteradamente aplicado até os dias atuais e foi detalhadamente exposto em sede de recurso repetitivo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Dessa maneira, mantém-se a pena em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na fase derradeira, o juiz singular exasperou a pena em 1/6 devido à presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, pois restou comprovado que o acusado adquiria a droga do menor V. V. de L. F.

Quanto à redução da pena com base no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06, assiste razão ao apelante.

Nesse contexto, infere-se que o acusado é primário, possui bons antecedentes e não pertence a organização criminosa. Assim, para que se determine a fração de redução de pena referente ao § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, os Tribunais vêm adotando o posicionamento de que o julgador deve se pautar na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido.

Com efeito, extrai-se dos autos acusado estava na posse de 17 porções de maconha, com massa bruta total de 16,7g.

Dessa maneira, considerando que se trata de droga de baixo potencial lesivo e que a quantidade apreendida é inexpressiva, aplica-se o redutor na fração de 2/3, **fixando-se definitivamente a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias, além de 194 dias-multa.**

Diante do quantum de pena aplicado, à luz do disposto no art. 33, § 2º, 'c', fixa-se o regime aberto para o início de cumprimento da pena definitiva.

Por fim, vislumbra-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, convertendo-se a reprimenda corporal em duas penas restritivas de direitos, consubstanciada em prestação de serviços à comunidade ou a entidade públicas (CP, art. 46) pelo prazo da pena corporal, além do pagamento de prestação pecuniária a entidade pública com fim social, no valor de 1 salário mínimo (CP, art. 45, § 1º), ficando a critério do juiz da execução a definição e a destinação de ambas as sanções alternativas.

O art. 44, § 2º, do Código Penal, preconiza o seguinte:

"Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos."

Interpretando o dispositivo legal supramencionado, este Superior Tribunal de Justiça entendeu que *"A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade."* (HC 313.675/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015).

Nesse diapasão, é de ver que o Estatuto Repressor conferiu ao magistrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certa liberdade para optar entre duas alternativas legais e válidas perante o direito, dentro daquilo que acredita necessário à prevenção e repressão da conduta criminosa, não sendo possível adjetivar de arbitrária ou desconexa a escolha feito pelo julgador no caso concreto.

Dessa mesma concepção comunga o parecerista com atuação neste Tribunal. Vale a transcrição (fls. 289/290):

(...)

Nos termos do artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ocorrerá quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Dessa forma, considerando que o acusado preenchia os requisitos legais, a Corte de origem deferiu a substituição.

Nesse contexto, ainda, verifica-se que o artigo 44, §2º do Código Penal, estabelece que "na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos".

Como se vê, o texto legal determina que o magistrado poderá optar entre substituir a condenação superior a um ano por uma pena restritiva de direito e multa ou por duas restritivas de direitos.

Ainda, nos termos do artigo 59 do Código Penal, o magistrado poderá deferir a substituição da pena privativa de liberdade, por outra espécie de pena, se cabível, fixando aquela que seja necessária e suficiente para prevenção e repressão do delito.

Portanto, ao substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária), a Corte de origem escolheu dentre as penas legalmente previstas, aquela que entendeu ser a mais adequada para prevenção e repressão da conduta criminosa.

Portanto, inexistente a ilegalidade apontada.

De mais a mais, a pretensão autoral está em franca contrariedade ao teor da Súmula 171 deste Sodalício, assim redigida:

"Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa".

Sobre a impossibilidade de convivência entre a multa cumulativamente prevista no preceito secundário do tipo especial e a substituição da sanção privativa de liberdade por pena da mesma natureza (pecuniária), cumpre trazer a lume o seguinte excerto extraído do Resp. 36.797-SP, da lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, um dos precedentes que deram azo ao entendimento sumular retromencionado:

"No tocante às penas, pode ocorrer cominação a) isolada; b) cumulativa; c) alternativa.

A referida integração (porque lógica) não induzirá a que a cominação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isolada se torne cumulativa, ou alternativa; acumulativa, isolada, ou alternativa; a alternativa, isolada ou cumulativa.

Teleologicamente, cominação cumulativa não se confunde com cominação isolada ou alternativa. Evidencia-se, antes de tudo, maior rigor. Tem, como antecedente, situação normativa diferente. Axiologicamente (tomando-se o desvalor como referência), dir-se-á a cominação cumulativa responde a conduta mais grave, colocando-se em posição oposta à cominação isolada, pondo-se no meio-termo, a cominação alternativa. Há, pois, projeção de *degradé* normativo.

Além disso (também logicamente) a pena privativa do exercício do direito de liberdade é mais grave que a pena pecuniária.

Em sendo assim, se a cominação é pena privativa do exercício do direito da liberdade cumulada com multa, como a aplicação projeta *in concreto* a cominação, o Juiz não pode transformar a cumulação (cumulação de espécies) em identidade de espécies (ainda que cumuladas).

O magistrado, se assim o fi zesse, teria transformado a pluralidade de espécies em unidade de espécies, malgrado a soma aritmética do valor da(s) multa(s).

Em breve, o Juiz não estaria aplicando a pena dentro da cominação legal, em frontal oposição ao princípio constitucional da “prévia definição legal”.

É certo. O Código Penal enseja a substituição da pena privativa do exercício do direito de liberdade por multa (art. 60, § 2º).

Diferente, no entanto, se a cominação da pena for cumulativa. Neste caso, a lei impõe pluralidade de sanções (espécies diferentes), entendendo que a infração penal impunha maior rigor.

Em se fazendo unificação (de espécie) alterar-se-á própria cominação. Em outras palavras aplicar-se-á ao delito mais grave, pena menos severa. Evidente contradição lógica.

Corroborando o exposto, os seguintes precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 1 (UM) ANO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. No caso dos autos, o paciente foi condenado em primeira instância a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto, substituída a pena corporal por restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, que restou reformado pelo Tribunal de origem a um pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime aberto, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação à comunidade e pagamento de 2 (dois) salários-mínimos à entidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social (e-STJ fls. 33-40).

3. Assim, condenado o paciente a uma pena superior a 1 (um) ano, poderá o magistrado, observando a conveniência e a oportunidade da substituição, e atendendo o preceito legal, substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e multa, ou, duas penas restritivas de direito, sendo defeso a substituição da pena corporal por multa, quando em lei especial a pena privativa for cominada cumulativamente com pena pecuniária. Inteligência da Súmula 171 do STJ.

4. No caso, não se observa constrangimento ilegal a justificar a concessão do habeas corpus de ofício, porquanto a substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Precedentes do STF e STJ.

5. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 313.675/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

"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 delinquente 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333.) (grifou-se).

Ante o exposto, **denego a ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0045056-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 390.593 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014627920168240036 00101056520128240036 101056520128240036
14627920168240036

EM MESA

JULGADO: 02/05/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MAX CARVALHO DE ASSIS ROCHA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.