



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.545 - DF (2012/0091459-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : KARLA NUBIA RODRIGUES DE SOUSA DO COUTO -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : MAGNA MARIA LIMA RODRIGUES (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. Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.
3. 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. Ressalvou seu ponto de vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 12 de junho de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.545 - DF (2012/0091459-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Magna Maria Lima Rodrigues, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

A paciente foi condenada, por tráfico de drogas, à pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e 275 (duzentos e setenta e cinco) dias-multa.

Exsurge dos autos que a paciente foi presa em flagrante, juntamente com outras pessoas, em sua residência, mantendo em depósito cento e noventa e seis porções de crack.

Neste *writ*, alega, em síntese, ser possível a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, argumentando que "a paciente preenche todos os requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, eis que foi condenada a pena inferior a quatro anos, cometido sem violência o grave ameaça, é primária, e tem a seu favor as circunstâncias judiciais exigidas no inciso III do referido artigo".

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.545 - DF (2012/0091459-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Em relação à possibilidade de aplicação de pena restritivas de direito aos crimes de tráfico de drogas, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou ao julgar o HC nº 97.256/RS. Na ocasião, julgou inconstitucional parte do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 suprallegal 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, com razão o Tribunal **a quo**, que indeferiu a substituição da pena voltando os olhos para o caso concreto, isto é, levando em consideração a quantidade e natureza da droga apreendida. Leia-se, no ponto, o acórdão:

Destarte, tenho para mim que o Doutor Juiz afastou-se do costumeiro acerto ao deixar de considerar a natureza e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da droga na terceira fase da dosimetria da pena.

*Todavia, o decote da pena também não pode ser efetuado conforme pretende o Ministério Público, eis que **a quantidade droga apreendida - 77,88 g (setenta e sete gramas e oitenta e oito centigramas) de crack e 26,39 (vinte e seis gramas e trinta e nove centigramas) de "maconha"** - não justifica a aplicação da fração mínima de diminuição de pena. Como é de sabença geral a ousadia dos traficantes não encontra limites, sendo comum nos noticiários local e nacional a revelação de grandes apreensões de entorpecentes. Daí, o patamar mínimo de redução da pena deve reservar-se para as hipóteses em que a quantidade da droga, por si só, represente especial lesividade da conduta.*

Por tais fundamentos, fixo na metade (1/2) a fração de diminuição da pena por força do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, restando a reprimenda aplicada a Magna Maria Lima Rodrigues estabilizada em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão. (...)

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no que pese sinalização da Suprema Corte de que é possível a sua aplicação, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida indicam que a benesse não será suficiente à repressão do delito.

Ressalte-se que o crack tem o poder de gerar dependência do usuário no primeiro contato, sendo que o portador desse tipo de substância liberado antes de alguma reflexão retorna às ruas praticando o mesmo malefício, conduzindo os jovens a morte.

Com efeito, em consonância com o que decidiu o Tribunal de origem, atento ao art. 44, III, do CP, não me parece socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista, principalmente, a quantidade e a diversidade de droga apreendida – 77,88 g (setenta e sete gramas e oitenta e oito centigramas) de crack e 26,39 (vinte e seis gramas e trinta e nove centigramas) de maconha.

Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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: 2012/0091459-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.545 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20100110898612

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KARLA NUBIA RODRIGUES DE SOUSA DO COUTO - DEFENSORA
PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : MAGNA MARIA LIMA RODRIGUES (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. Ressalvou seu ponto de vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura"

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.