



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.671 - MG (2009/0194935-2)

IMPETRANTE : PAULO CÉSAR LOURENÇO DE FREITAS
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : PAULO CÉSAR LOURENÇO DE FREITAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de PAULO CÉSAR LOURENÇO DE FREITAS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 1.0439.08.085280-9/001 lá interposta pela Defesa, deu-lhe parcialmente provimento, apenas para, aplicando em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, imposta pela prática do crime de tráfico de drogas, negada, no entanto, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser substituída a pena privativa de liberdade do paciente por restritiva de direitos, ressaltando que a sanção imposta é inferior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o paciente não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP lhe são todas favoráveis, estando, pois, presentes todos os requisitos previstos no art. 44 do CP.

Defende que a vedação contida no art. 44 da Nova Lei de Drogas é inconstitucional e, ainda que não o fosse, não se aplicaria ao paciente, vez que referida vedação legal não seria aplicável aos crimes de tráfico privilegiado, como aduz ser a hipótese dos autos.

Requer a concessão da ordem para que seja substituída a sanção reclusiva do paciente por restritiva de direitos.

Em despacho de fl. 48, foram solicitadas informações à autoridade impetrada, as quais sobrevieram aos autos às fls. 52/58.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 60/63, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.671 - MG (2009/0194935-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca a presente impetração seja substituída a sanção reclusiva do paciente por restritivas de direitos, ao argumento de que estariam preenchidos todos os requisitos previstos no art. 44 do CP.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, como incurso nas sanções previstas no art. 33, *caput*, da Nova Lei de Drogas.

Quando da prolação da sentença condenatória, o juiz singular negou ao paciente a almejada substituição da reprimenda, *"pelo fato de o agente não cumprir os requisitos objetivos e subjetivos imprescindíveis a esta concessão e pela expressa proibição constante da Lei n.º 11.343/06 que regula a punição do delito apurado nos presentes autos"* (fl. 29).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso apenas para, aplicando no redutor máximo de 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

No que se refere à pretendida substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, a Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo, pelos fundamentos a seguir expostos:

"Em que pese o montante de pena aplicado ao réu preencher o requisito objetivo do inciso I do artigo 44 do Código Penal e mesmo sendo ele primário e possuidor de bons antecedentes, entendo que a substituição da pena não pode ser aplicada.

É que, ao meu ver, o crime cometido pelo réu foi de tráfico de drogas com causa de diminuição de pena, crime equiparado a hediondo e sujeito às vedações contidas na Lei n.º 8.072/90 e no artigo 44 da Lei de Drogas.

Tenho ciência de que a questão é controversa e tem suscitado divergências, existindo aqueles que defendem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o crime do artigo 33 da Lei de Drogas, com a incidência do § 4º seria um tipo de "tráfico privilegiado" e que também, invocando razões de política criminal, comportaria a substituição de pena prevista nos artigos 44 e seguintes do Código Penal.

Entretanto, em que pese esse posicionamento, entendo que essa não é a melhor posição.

Concordo com o posicionamento que, ao meu ver, tecnicamente mais correto, convencionou chamar de "tráfico privilegiado" o novo tipo trazido pelo § 3.º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, onde o agente oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Para tal delito, foi previsto pena de detenção, de 06 (seis) meses a 01 (um) ano e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo, ainda, das penas previstas no artigo 28.

Este novo tipo penal, de fato, é um tipo derivado e, sendo assim, ponto de partida para a fixação da pena-base (tipo derivado em sua forma privilegiada). Esse sim não é equiparado a hediondo e não está sujeito às vedações constantes do artigo 44 da Lei 11.343/06.

No entanto, aquele que pratica o crime do artigo 33, caput, da Lei de Drogas com a incidência do § 4.º, pratica tráfico de drogas com causa de diminuição de pena, crime equiparado a hediondo e, portanto, que deve iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado e, ainda, não possui direito à graça, indulto, anistia, substituição de pena e sursis.

Entender de forma contrária feriria a própria intenção da Lei 11.343/06 que, ao fazer a adequada distinção entre o traficante de drogas e o usuário, pretendeu punir de forma mais severa aquele, em virtude da alta lesividade social de sua conduta, e aplicar tratamento adequado a este.

Especificamente quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressalto que além de ela ser expressamente vedada pelo § 4.º, do artigo 33 e artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, não a vejo como cabível ao crime de tráfico de drogas, devido à elevada culpabilidade daqueles que o cometem e por não ser, também, recomenda à prevenção do delito nem à ressocialização do apenado.

(...)" (fls. 42/43).

De fato, como bem destacou a Corte impetrada, inviável substituir-se a pena corporal por restritivas de direitos, pois, não obstante a quantidade de pena finalmente estabelecida ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não se pode olvidar o estabelecido na parte final do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n.º 11.343/06,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que vedam a conversão *in casu*.

Veja-se:

"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."

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA CONCRETIZADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO, REGIME INICIALMENTE FECHADO. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/3 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (116 TABLETES MÉDIOS DE MACONHA, 67 TIJOLOS DE MACONHA E 353 FRASCOS DE LANÇA PERFUME). IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. DELITO PRATICADO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes, em seu art. 44, dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Portanto, cometido o crime na vigência da Lei 11.343/06 (nova lei de drogas), impossível a conversão da pena ou concessão de sursis.

(...)

5. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial." (HC n.º 144.502/GO, QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19-11-2009, DJe 1-2-2010).

Ademais, ressalte-se que o juiz singular entendeu incabível a almejada substituição de pena reclusiva também pelo fato de o paciente não preencher os requisitos subjetivos necessários à concessão do benefício (fl. 29), o que reforça a ausência do alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0194935-2
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 10439080852809 439080852809

HC 149671 / MG

EM MESA

JULGADO: 18/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO CÉSAR LOURENÇO DE FREITAS
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : PAULO CÉSAR LOURENÇO DE FREITAS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 18 de fevereiro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário