



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

### Banco do Conhecimento

Divisão de Gestão de Acervos Jurisprudenciais (DGCON/DIJUR)  
Serviço de Pesquisa Jurídica (DGCON/SEAPE)

Data da atualização: 14.03.2011

## CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO - LEI 11343/06

### Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

[0013115-65.2009.8.19.0003](#) - APELACAO - 1ª Ementa

DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA - Julgamento: 27/07/2010 - SETIMA CAMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, ESTA ARBITRADA À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA, DEIXANDO O I. MAGISTRADO SENTENCIANTE DE SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONSIGNANDO COMO MOTIVAÇÃO A EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL PREVISTA NOS ARTIGOS 33, § 4º E 44, AMBOS DA LEI Nº. 11.343/06, BEM COMO INDICAR QUE O RÉU NÃO SATISFAZIA O REQUISITO DA SUFICIÊNCIA ESTABELECIDO NO INCISO III DO ARTIGO 44 DO CP, E PELOS MESMOS FUNDAMENTOS DEIXOU DE APLICAR O SURSIS. INCONFORMISMO DEFENSIVO REQUERENDO EM SÍNTESE A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33 DA LEI 11.343/06 PARA O ART. 28 DO MESMO DIPLOMA LEGAL, SOB O ARGUMENTO DE SER O RÉU USUÁRIO E NÃO TRAFICANTE DE DROGAS, COM A SUA CONSEQÜENTE ABSOLVIÇÃO, OU SUBSIDIARIAMENTE, A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº. 11.343/06, E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. JUÍZO DE CENSURA MANTIDO. DA ANÁLISE DOS AUTOS SE INFERE QUE POLICIAIS MILITARES OBJETIVANDO APURAR DENÚNCIAS ANÔNIMAS REFERENTES À PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES POR UM SUJEITO DE APELIDO "JEFINHO", E EM INCURSÃO NO LOCAL DESCRITO NA DENÚNCIA, LOGRARAM IDENTIFICAR E FLAGRAR O RÉU TRAZENDO CONSIGO SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, SENDO APREENDIDA NA OCASIÃO 14,36G DA SUBSTÂNCIA CANNABIS SATIVA L., (MACONHA), BEM COMO 8,52G DE CLORIDRATO DE COCAÍNA (COCAÍNA). INSTA ACRESCENTAR QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENVOLVERAM A FLAGRÂNCIA DELITIVA, TAIS COMO A QUANTIDADE, O LOCAL DA PRISÃO E AS CONDIÇÕES DE EMBALAGEM EM QUE AS DROGAS FORAM ENCONTRADAS, OU SEJA, ACONDICIONADAS EM 02 EMBALAGENS DE PLÁSTICO (MACONHA)

E 05 SACOLÉS (COCAÍNA), E EM ESPECIAL UMA CAIXA DE MEDICAMENTOS CONTENDO SUBSTANCIA CHAMADA "MATRICÁRIA" UTILIZADA PARA AUMENTAR A QUANTIDADE DA DROGA, ENCONTRADOS NA POSSE DO APELANTE, NÃO DEIXAM DÚVIDA DE QUE AS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DESTINAVAM-SE AO TRÁFICO, E, PORTANTO, TAIS PROVAS SÃO CONCLUSIVAS NO SENTIDO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06. A TESE DEFENSIVA DO ACUSADO DE QUE O MESMO É USUÁRIO DE DROGAS, PRETENDENDO A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA QUE LHE FOI IMPUTADA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06, NÃO MERECE PROSPERAR. CONFORME BEM DESTACADO PELA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA O FATO DE TER SIDO ENCONTRADO COM O APELANTE A SUBSTÂNCIA CHAMADA MATRICÁRIA ".AUTORIZA CONCLUIR QUE PELO MENOS PARTE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS SE DESTINAVA À COLOCAÇÃO NO MERCADO DE VAREJO CONSUMIDOR MEDIANTE VENDA", POIS, NÃO SE CONCEBE QUE UM MERO USUÁRIO DE DROGAS UTILIZE-SE DE TAL SUBSTÂNCIA PARA DAR VOLUME AO ENTORPECENTE, CASO SUA FINALIDADE FOSSE A DE CONSUMIR O ENTORPECENTE. ENTRETANTO, A R. SENTENÇA MONOCRÁTICA MERECE REPARO NO QUE DIZ RESPEITO À DOSIMETRIA DA PENA DO ACUSADO. O MM JUÍZO A QUO DEIXOU DE APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº. 11.343/06 POR MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. AS CIRCUNSTANCIAS DO CRIME E A CULPABILIDADE DO RÉU FORAM NORMAIS À ESPÉCIE, CONFORME RECONHECIDO NA PRÓPRIA SENTENÇA, TAMPOUCO HÁ NOS AUTOS ELEMENTOS SUFICIENTES À AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE, TANTO QUE A PENA-BASE MANTEVE-SE NO SEU PATAMAR MÍNIMO LEGAL. O TIPO DE DROGA APREENDIDA, SEJA ELA COCAÍNA OU QUALQUER OUTRA, NÃO SE CONSTITUI EM CONDIÇÃO OBJETIVA PREVISTA EM LEI O QUE AFASTA A POSSIBILIDADE DO JULGADOR VALORAR A CARACTERÍSTICA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, RAZÃO PELA QUAL NÃO SUBSISTE A INAPLICABILIDADE DA REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ASSIM, A INEXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO ANTERIOR OU PROVA NOS AUTOS QUE APONTE O APELANTE COMO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU SE DEDICAR À ATIVIDADES CRIMINOSAS, BEM COMO SER RECONHECIDAMENTE PRIMÁRIO, E NÃO POSSUIR MAUS ANTECEDENTES, IMPORTA NO RECONHECIMENTO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). NO TOCANTE AO PLEITO DEFENSIVO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, E REVENDO POSICIONAMENTO ANTERIOR, ENTENDO QUE O MESMO MERECE PROSPERAR. APESAR DA VEDAÇÃO INSERTA NO ARTIGO 44, DA LEI Nº 11.343/06, RELATIVAMENTE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DIREITO, EM RECENTE JULGADO DE 10.06.2010, EM QUE FOI RELATOR O MIN. HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ-CE), A 6ª TURMA DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR UNANIMIDADE, CONCEDEU A ORDEM NO HABEAS-CORPUS Nº 151.199-MG PARA ALÉM DE FIXAR O REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, SUBSTITUIR A MESMA POR

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, MESMO EM CASO DO CRIME DE TRÁFICO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, EIS QUE RECONHECIDA A PRIMARIEDADE DO PACIENTE, BEM COMO LHE SEREM FAVORÁVEIS AS CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS, TAL COMO OCORRE NA PRESENTE HIPÓTESE. DESSA FORMA, O QUE SE VERIFICA DA ANÁLISE ATENTA DOS AUTOS É QUE ESTE É UM FATO ISOLADO NA VIDA DO RECORRENTE, NÃO HAVENDO PROVA DE QUE ESSE ATUAR É UM ESTILO DE COMPORTAMENTO, JÁ REPETIDO ANTERIORMENTE E DE OUTRA FORMA, CONFORME SE DEPREENDE DE SUA FAC, BEM COMO NÃO DEMONSTRADO O MOTIVO DO CRIME. NESSE CONTEXTO, E ALINHANDO-ME AO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO E. STJ NO JULGADO CITADO, ENTENDO QUE NO CASO DOS AUTOS A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS É MEDIDA SUFICIENTE PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME COMETIDO, SENDO DESNECESSÁRIO O ENCARCERAMENTO DO APELANTE. NO TOCANTE AO REGIME PRISIONAL ADOTANDO 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 MESMO NAS HIPÓTESES DE CONDENAÇÃO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06, E CONSIDERANDO QUE NO CASO DO APELANTE AS CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 FORAM FAVORÁVEIS, SENDO O MESMO PRIMÁRIO E NÃO POSSUINDO MAUS ANTECEDENTES, DEVE O REGIME INICIAL EM CASO DE DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS SER O ABERTO, EIS QUE SE REVELA MAIS ADEQUADO PARA A PREVENÇÃO E REPROVAÇÃO DO DELITO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, E PAGAMENTO DA PENA PECUNIÁRIA DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, E SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, SENDO UMA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, CONSISTENTE NO PAGAMENTO DE 01 (UM) SALÁRIO MÍNIMO À ENTIDADE A SER INDICADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS POR PERÍODO IGUAL AO DA CONDENAÇÃO, ESTABELECIDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA COMO O ABERTO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS, DETERMINANDO-SE A EXPEDIÇÃO E CUMPRIMENTO DE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO APELANTE, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO SE ENCONTRAR PRESO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 27/07/2010

=====  
[0026846-11.2008.8.19.0021 \(2009.050.04007\)](#) - APELACAO - 1ª Ementa

DES. ADILSON VIEIRA MACABU - Julgamento: 14/06/2010 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTS. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, E 14 E 16, IV, DA LEI Nº 10.826/03. RECURSO DE AMBOS OS RÉUS POSTULANDO A ABSOLVIÇÃO, SOB O ARGUMENTO DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUEREM A SUBSTITUIÇÃO DA FIGURA PREVISTA NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N.º 10.826/03, PELA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI N.º 11.343/06; A APLICAÇÃO DO ART. 14, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO E, NÃO, O ART. 16, DO MESMO DIPLOMA; A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, BEM COMO O ABRANDAMENTO DO AUMENTO DA SANÇÃO PELA REINCIDÊNCIA; A REDUÇÃO DA REPRIMENDA, PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS; A CONSIDERAÇÃO DA REGRA DA 1ª PARTE DO ART. 70, DO CÓDIGO PENAL, EM DETRIMENTO DO CONCURSO MATERIAL E, POR FIM, A MUDANÇA DO REGIME IMPOSTO AO CRIME DE TRÁFICO PARA O SEMIABERTO, COM A SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPROSPERÁVEIS AS TESES DE PRECARIÉDADE PROBATÓRIA DEDUZIDAS PELA DEFESA. AS DECLARAÇÕES DOS MILITARES ENVOLVIDOS NA OPERAÇÃO DE PRISÃO DOS ACUSADOS SÃO TÃO VALIOSAS QUANTO AS DE QUAISQUER OUTRAS TESTEMUNHAS E MERECEM TOTAL CREDIBILIDADE, EM FACE DO CONTEXTO PROBATÓRIO, QUANDO NÃO CONTRARIADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICTÃO. VERBETE Nº 70, DA SÚMULA DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABE RESSALTAR QUE NOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES É, PRATICAMENTE, IMPOSSÍVEL QUE MORADORES DAS COMUNIDADES OU USUÁRIOS SE APRESENTEM EM JUÍZO PARA TESTEMUNHAR CONTRA TRAFICANTES DA REGIÃO. IMPROSPERÁVEL, TAMBÉM, A PRETENSÃO DOS RECORRENTES QUANTO AO AFASTAMENTO DA FIGURA AUTÔNOMA DO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, SUBSTITUINDO-A PELA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI N.º 11.343/06, VISTO QUE, PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, NÃO FICOU PROVADO QUE AS ARMAS ERAM USADAS, EXCLUSIVAMENTE, PARA ASSEGURAR A TRAFICÂNCIA. A SUPRESSÃO DA NUMERAÇÃO, AINDA QUE A ARMA SEJA DE USO PERMITIDO, JUSTIFICA UM MAIOR GRAU DE REPROVABILIDADE, TENDO EM VISTA A FINALIDADE DO AGENTE EM IMPEDIR OU IMPOSSIBILITAR A SUA IDENTIFICAÇÃO. IMPROCEDENTE O PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA, CONSTANTE NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, VEZ QUE DEMONSTRADA A REINCIDÊNCIA DO SEGUNDO RECORRENTE, BEM COMO A NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE AMBOS OS RÉUS NÃO SE DEDICAM À ATIVIDADE DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES OU QUE NÃO INTEGRAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. O REGIME INICIAL FECHADO É O QUE MAIS SE CONCILIA COM O DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E O QUE MELHOR SE PRESTA PARA AS SUAS PREVENÇÃO E REPRESSÃO, NOS TERMOS DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. IMPOSSÍVEL A CONVERSÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA EM RESTRITIVA DE DIREITOS POR EXPRESSA PROIBIÇÃO DO

ART. 44, DA LEI Nº 11.343/06, EM RAZÃO DA GRAVIDADE DO DELITO DE TRÁFICO, NÃO SE VISLUMBRANDO OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INADMISSÍVEL O PEDIDO DE APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES, EIS QUE OS APELANTES FORAM PRESOS DURANTE INCURSÃO POLICIAL, TRAFICANDO DROGAS E PORTANDO ARMAS DE FOGO, TRATANDO-SE DE DOIS DELITOS DISTINTOS QUE DEVEM SER SOMADOS. POR OUTRO LADO, MERECE ACOLHIMENTO O PEDIDO DE ABRANDAMENTO DA SANÇÃO DO SEGUNDO RECORRENTE, EIS QUE EXCESSIVOS OS AUMENTOS APLICADOS NA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. PARCIAL PROVIMENTO DO SEGUNDO APELO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 14/06/2010

[Relatório de 31/08/2009](#)

=====

## **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

12. Número: [70035803634](#)

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Seção: CRIME

Tipo de Processo: Apelação Crime

Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal

Decisão: Acórdão

Relator: Odone Sanguiné

Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. 1. MATERIALIDADE E AUTORIA. 1.1. Depoimentos de testemunhas policiais que, em regra, possuem plena eficácia probatória, ausentes elementos concretos que coloquem em dúvida a veracidade de suas declarações. Precedentes do STF e STJ. 1.2. Tese escusatória do acusado de que a droga pertencia a terceiro que não encontra qualquer respaldo nos autos. Depoimentos idôneos dos policiais que realizaram a abordagem do denunciado e apreensão da droga. 2. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. VIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO. 2.1. Tendo em vista a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da expressão `vedada a conversão em penas restritivas de direitos, contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão `vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, prevista no art. 44 do referido diploma legal, necessário apreciar a viabilidade da substituição da pena privativa de

liberdade por restritivas de direito. 2.2. No caso concreto, operada a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. 3. PENA DE MULTA. 3.1. REDUÇÃO. A pena de multa deve ser reduzida para montante proporcional à pena privativa de liberdade. 3.2. IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. Não é possível o afastamento da sanção pecuniária cumulativa, visto que de cominação determinada pelo dispositivo legal em que o acusado restou incurso. Por outro lado, a situação econômica do réu deverá ser apurada pelo juízo da execução. 4. ISENÇÃO DE CUSTAS. Compete ao juízo da execução avaliar a efetiva situação econômica do réu, para que o cumprimento dos ônus processuais não afetem seu sustento ou de sua família. POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, VENCIDO O PRESIDENTE, QUE O IMPROVIA. (Apelação Crime Nº 70035803634, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 28/10/2010)

Data de Julgamento: 28/10/2010

Publicação: Diário da Justiça do dia 10/11/2010

=====

10. Número: [70038732186](#)

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Seção: CRIME

Tipo de Processo: Habeas Corpus

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal

Decisão: Acórdão

Relator: José Antônio Cidade Pitrez

Comarca de Origem: Comarca de Santo Ângelo

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33- CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). PRISÃO EM FLAGRANTE O paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, do delito supra mencionado, obtendo o auto respectivo a homologação judicial (fl. 39), o que encontra previsão constitucional (artigo 5º - LXI, da CF). O delito de tráfico imputado ao paciente é equiparado a hediondo pela legislação, exigindo maior rigor em sua apuração e repressão, sendo que o artigo 44, da Lei nº 11.343/06 veda a concessão da liberdade provisória aos seus autores, sendo que a Lei nº 11.464/07 não o revogou, pelo princípio da especialidade. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE RESTARAM PREENCHIDOS. Posteriormente, teve decretada a sua preventiva por decisão devidamente fundamentada, calcada em circunstâncias concretas do caso,

autorizadoras da medida extrema, ausente qualquer coação ilegal a ser sanada, pois trata-se da prática, em princípio, de delito de elevada ofensividade jurídica, não existindo motivos suficientes para a sua revogação no presente momento processual. Manutenção posterior de sua custódia prévia (fls. 41/42), por persistirem os motivos determinantes da mesma, porquanto presentes os requisitos do artigo 312, do CPP. É verdade que o paciente foi preso em flagrante portando aproximadamente 16,00 (dezesesseis) gramas de cocaína, todavia o âmbito estreito do habeas corpus não permite aprofundado exame da prova, impossibilitando que se aquilate se a conduta do paciente configura o delito de tráfico de drogas ou o de posse de entorpecentes para uso próprio. Todavia, há que se levar em conta o julgamento do Habeas corpus nº 97.256, pelo egrégio STF, no qual admitida a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por narcotráfico, desde que satisfeitos os requisitos do artigo 44, do CP. No caso concreto, a certidão de fls. do apenso dá conta de que o paciente registra 12 (doze) inquéritos policiais e 01 (um) termo circunstanciado contra a sua pessoa. Além disso, conforme informado pela autoridade apontada como coatora, "...Com relação aos antecedentes do paciente, ressalto que possui pena ativa nesta comarca, sendo que quando de sua prisão em flagrante, encontrava-se foragido do sistema prisional.." (sic - fl. 19). "...No momento, o feito aguarda a remessa Inquérito Policial, sendo que o prazo para a remessa findar-se-á no dia 27/09/2010, eis que prorrogado o prazo para conclusão do IP..".(sic - fls. 13/20). Às fls. 21/26, foi juntada a certidão dos antecedentes criminais do ora paciente, onde consta o registro das sentenças condenatórias transitadas em julgado proferidas contra o mesmo. Nessa conformidade, necessária a manutenção da segregação provisória do paciente, não merecendo acolhida o pedido deduzido na inicial da impetração. De outra banda, a manutenção da custódia prévia não atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, não resta outra alternativa a não ser a denegação da ordem, uma vez que o paciente não sofre constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção. Por fim, em consulta ao site deste TJRS, em 21OUT2010, foi obtida a informação de que os autos principais, em 20OUT2010, foram remetidos ao distribuidor, consoante cópia impressa da consulta processual realizada juntada na última folha do presente feito. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70038732186, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 04/11/2010)

Data de Julgamento: 04/11/2010

Publicação: Diário da Justiça do dia 07/12/2010

=====

8. Número: [70039244868](#)

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Seção: CRIME

Tipo de Processo: Apelação Crime

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal

Decisão: Acórdão

Relator: Manuel José Martinez Lucas

Comarca de Origem: Comarca de Ibirubá

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESACOLHIMENTO DE PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO INCISO IV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A prova que conduziu à condenação do réu não é anônima, mas decorrente das investigações policiais e de depoimentos prestados pelos próprios agentes da segurança que atuaram na prisão do réu, como se constata na análise da autoria, onde constam os nomes das pessoas que indicaram a atuação do réu no tráfico de drogas. Além disso, por demais sabido que o inquérito policial é peça informativa que dá lastro ao Ministério Público para propor ou não a ação penal. A atual redação do art. 155 do Código de Processo Penal, aliás, é clara nesse sentido, dispondo que a convicção do Juiz é formada com base na apreciação da prova produzida em juízo, constituindo-se a prova policial em "elementos informativos colhidos na investigação". Anonimato não configurado. Ofensa à Constituição não reconhecida. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPUNHA. Os depoimentos de policiais têm o mesmo valor dos testemunhos em geral, uma vez isentos de suspeição e harmônicos com os demais elementos de prova dos autos, de modo que são hábeis a embasar um decreto condenatório. APENAMENTO ADEQUADAMENTE FIXADO SEGUNDO A ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. As custas e multa integram a condenação, não se constituindo a sua imposição em faculdade do juiz. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não pode ser operada, pois o traficante de drogas não faz jus à conversão, por possuir conduta social desvirtuada e as circunstâncias do delito não indicam que essa substituição seja suficiente (art. 44, II, do CP). Leve-se em conta, ainda, que o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas também prevê que a redução de pena não pode implicar em conversão por penas restritivas de direitos. Por fim, é descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em se tratando de crime previsto na Lei n.º 8.072/90. Aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 para a pena carcerária, é correto proceder igualmente à redução da pena de multa, pois tal dispositivo legal prevê que "as

penas (ambas) poderão ser reduzidas" se preenchidos os requisitos legais. Preliminar rejeitada. Apelo parcialmente provido. (Apelação Crime Nº 70039244868, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 24/11/2010)

Data de Julgamento: 24/11/2010

Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2010

=====

## **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**

1. [048090131896](#)

Classe: Apelação Criminal

Relator : CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS

Orgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Data do Julgamento: 02/02/2011

*APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE ENTORPECENTE - INVIABILIDADE - SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA - ADMISSÃO, NA FASE EXTRAJUDICIAL, DE QUE AS DROGAS SE DESTINAVAM AO COMÉRCIO - TESTEMUNHO DOS CONDUTORES DO FLAGRANTE - MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO - PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DO STJ - SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO INSTITUÍDA NOS ARTS. 33, § 4º, E 44, DA LEI DE DROGAS RECONHECIDA PELO STF - REQUISITOS DO ART. 44 DO CPB PREENCHIDOS - POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

1 - Diante da confissão extrajudicial do recorrente - feita no calor dos fatos e corroborada pelos depoimentos prestadas pelos policiais que atuaram na diligência -, da significativa quantidade de droga apreendida em seu poder, e da ausência de apreensão de qualquer instrumento usualmente empregado para o consumo daquela substância, restou suficientemente demonstrada a prática do crime de tráfico de drogas, na modalidade "trazer consigo", não havendo que se falar em desclassificação da imputação para a figura do artigo 28 da Lei de Drogas (crime de uso), tese totalmente isolada nos autos, sem respaldo em nenhum elemento de prova.

2 - Consoante reiterados precedentes da Sexta Turma do colendo STJ, é possível estabelecer aos condenados por crime de tráfico de drogas regime prisional diverso do fechado, em atenção aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, e em vista da natureza e da quantidade da sanção, a circunstância de ser o condenado reincidente ou não, e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB.

3 - Condenado o recorrente à pena inferior a quatro anos de reclusão, e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB, não há razão idônea para impor-lhe regime prisional diverso do aberto, até mesmo em deferência ao enunciado sumular n.º 440 do STJ.

4 - Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006 (HC 97256), não subsiste o óbice ao deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenados por tráfico de drogas, na esteira, aliás, de inúmeros precedentes do STJ.

6 - Preenchidos, no plano concreto, os requisitos do artigo 44 do CPB, faz jus o recorrente à substituição da sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

=====

6. [024090308149](#)

Classe: Apelação Criminal

Relator : SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA

Orgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Data do Julgamento: 20/10/2010

¿PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. FORNECER DROGAS A TERCEIRO AINDA QUE GRATUITAMENTE. HABITUALIDADE. CONDUTA QUE NÃO CARACTERIZA A FIGURA DO "USO COMPARTILHADO". REDUÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE INTERESSE. JÁ FIXADA NO MÍNIMO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE A DESPEITO DE EXPRESSA VEDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/06. PRECEDENTES DO STF. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1- Sendo claros os indícios de autoria e materialidade, corroborados por ampla prova testemunhal e pela confissão do recorrente, não há que prosperar tese formulada pela defesa baseada na insuficiência probatória.

2-O tráfico ilícito de entorpecentes constitui-se um tipo misto alternativo ou de ação múltipla, assim, se identifica com a prática das atividades materiais descritas na cláusula de múltipla tipificação das condutas delituosas, bastando, para tanto, que se cometa um dos dezoito núcleos, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para que, mesmo sem a prática de atos de comercialização, se cometa o ilícito penal, ofendendo, obviamente a saúde pública e a coletividade. Nesse sentido, traficante não é apenas aquele que comercializa entorpecente, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção, fornecimento, disseminação e circulação de drogas, como, por exemplo, aquele que cede a terceiros, configurando na modalidade, "fornecer ainda que gratuitamente".

3- Demonstrada a habitualidade no fornecimento de entorpecentes à pessoa de seu relacionamento, não há que se falar em desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 33, §3º, da Lei nº 11.343/06, que inseriu novo tipo penal ao ordenamento, qual seja, o do "uso compartilhado" e, exige, expressamente, a eventualidade em tal agir.

4- Não existe interesse no redimensionamento da penalidade irrogada, se já fixada a pena no patamar mínimo abstratamente previsto, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão, bem como aplicada a causa de diminuição disposta pelo artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06 em seu grau máximo (2/3).

5- Nada obstante a cláusula de dureza disposta no artigo 44, da Lei 11.343/06, segundo a qual é vedada *a conversão de suas penas em restritivas de direitos*, decisões recentes emanadas das Cortes Superiores tem flexibilizado tal disposição legal, sob o fundamento de que a regra conflita com a garantia da individualização da pena, consagrada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

6- Na mesma esteira, e considerando que, no caso concreto, trata-se de Réu com 18 anos de idade na data do fato, sem antecedentes criminais, colaborador da justiça (confesso), cujas circunstâncias judiciais analisadas são majoritariamente favoráveis e, por se tratar de pouca quantidade de droga, presentes, ainda, os requisitos objetivos previstos no artigo 44 do CP, é de ser substituída a pena privativa de liberdade irrogada por duas restritivas de direitos.

Recurso a que se nega provimento.

=====

## **Tribunal de Justiça de São Paulo**

[0382815-35.2010.8.26.0000](http://0382815-35.2010.8.26.0000)Apelação

Relator(a): Newton Neves

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal

Data do julgamento: 15/02/2011

Data de registro: 02/03/2011

Outros números: 990103828151

Ementa: \*TÓXICO - Crime de tráfico - Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito - Depoimento de policiais - Validade e suficiência desde que inexistente contradição ou confronto com as demais provas - Análise que se faz em cada caso concreto - Inexistência de dúvida que justifica o decreto condenatório - Pena base fixada no mínimo legal - Regime prisional que decorre de expressa previsão legal, vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Recurso improvido - (voto 10669).\*

=====

[0001344-55.2009.8.26.0663](#) Apelação

Relator(a): Pedro Menin

Comarca: Votorantim

Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal

Data do julgamento: 18/01/2011

Data de registro: 03/02/2011

Outros números: 990100194925

Ementa: Entorpecentes - Tráfico - Conjunto probatório seguro para a condenação - Absolvição - Impossibilidade. Crime de associação - Não configuração - Ausência de prova concreta de associação estável - Condenação - Inadmissibilidade. Pena - Réus primários e sem antecedentes - Aplicação do § 4o do artigo 33 da Lei 11.343/06 - Cabimento - Inconstitucionalidade - Não ocorrência - Forma de individualização da pena, prevista na própria Constituição. Pena - Aplicação do § 4o do artigo 33 da Lei 11.343/06 - Redução da pena em 2/3 - Possibilidade. Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos - Não cabimento - Medida que não se mostra suficiente à reprovação - Apelação do Ministério Público não provida e apelações dos réus providas parcialmente.

=====

[0003241-12.2009.8.26.0278](#) Apelação

Relator(a): Pedro Menin

Comarca: Itaquaquecetuba

Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal

Data do julgamento: 11/01/2011

Data de registro: 01/02/2011

Outros números: 990101404150

Ementa: Entorpecente - Pena - Recurso ministerial objetivando o afastamento da redução prevista no artigo 33, § 4o, da Lei nº 11.343/03 - Impossibilidade - Réu primário e que preenche os requisitos necessários. Decretação de perda do veículo requerida pelo Ministério Público - Não cabimento - Insuficiência de provas de que era empregado usualmente para prática delitiva. Entorpecente - Insuficiência de provas - Não ocorrência - Absolvção - Inadmissibilidade - Provas seguras que demonstram a prática do delito de tráfico. Pena - Penas-base fixadas acima do mínimo legal, tendo em conta a quantidade de entorpecente apreendida - Admissibilidade. Pena - Aplicação do redutor máximo - Necessidade para se evitar 'bis in idem' tendo em conta que a quantidade da droga já serviu para fundamentar o acréscimo das penas-base. Penas - Substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos - Cabimento. Regime - Fixação do regime aberto, em face do tempo em que o recorrente ficou detido no regime mais gravoso - Recurso do Ministério Público não provido e do réu provido parcialmente, confirmando-se o Alvará de soltura expedido anteriormente 'ad referendum' da Egrégia Câmara.

=====

## Superior Tribunal de Justiça

Processo

[HC 153924 / SP](#)

HABEAS CORPUS

[2009/0225521-0](#)

Relator(a)

Ministro JORGE MUSSI (1138)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

16/12/2010

Data da Publicação/Fonte

DJe 01/02/2011

Ementa

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior fração indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no percentual de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n.º 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com o paciente - cocaína – cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, e as circunstâncias do caso concreto.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA NESSE PONTO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

PRISÃO EM FLAGRANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, do almejado direito de o paciente recorrer em liberdade, tendo em vista que essa questão não foi apreciada pela instância de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem, apenas para determinar que o juízo singular analise o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

[Íntegra do Acórdão](#)

=====

Processo

[HC 158624 / MG](#)

HABEAS CORPUS

[2010/0000754-4](#)

Relator(a)

Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (8195)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

21/10/2010

Data da Publicação/Fonte

DJe 06/12/2010

Ementa

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1. Inexiste fundamentação idônea para justificar o aumento da pena-base quanto à culpabilidade e consequências do crime, se consideradas contrárias ao paciente de forma genérica e evasiva, não sendo particularizado em que consistiram os aspectos negativos. Em relação aos maus antecedentes, as certidões consideradas não dão conta de condenações com trânsito em julgado, em desconformidade com

a jurisprudência pacífica desta Corte, sendo certo, quanto aos motivos, que o lucro fácil é circunstância inerente ao delito em questão, restando evidenciado, assim, o constrangimento ilegal.

2. A redução da causa de diminuição em 1/2 (metade) se justifica em razão da quantidade de droga apreendida (45g de cocaína).

3. Considerando a quantidade de pena aplicada - 2 anos e 6 meses de reclusão -, reconhecida a primariedade do réu e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

4. Muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº 120.353/SP, a partir do julgamento do HC nº 118.776/RS (Relator o Ministro Nilson Naves, DJe de 23/8/2010), esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva 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 149.807/SP, da relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe de 20/9/2010.

5. Habeas corpus concedido parcialmente para reduzir a pena imposta ao paciente na ação penal de que se cuida a 2 anos e 6 meses de reclusão, que deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas no Juízo da Execução, e 250 dias-multa.

#### 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 parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

=====

Processo

[HC 185551 / DF](#)

HABEAS CORPUS

[2010/0172496-1](#)

Relator(a)

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

16/12/2010

Data da Publicação/Fonte

DJe 14/02/2011

Ementa

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., C/C O ART. 40, III, AMBOS DA LEI 11.343/06). PENA: 1 ANO, 11 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO (LEI 8.072/90, ART. 2o., § 1o.) E 196 DIAS-MULTA. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. INADMISSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RÉ QUE PERMANECEU PRESA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) 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 (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis.

2. Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

3. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque,

em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

4. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

5. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

6. Todavia, a maioria dos integrantes da 5ª. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC.

7. De outro vértice, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

8. Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de Apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, daquele que foi preso em flagrante e assim respondeu a ação penal por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44 da Lei 11.343/06 veda a concessão da liberdade provisória. Precedentes do STJ.

9. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

=====

## Supremo Tribunal Federal

HC [106442 MC / MS](#) - MATO GROSSO DO SUL

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 30/11/2010

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-036 DIVULG 22-02-2011 PUBLIC 23-02-2011

Parte(s)

PACTE.(S) : FABIANA RAMOS DA SILVA

IMPTE.(S) : MARCOS VINÍCIUS DA SILVA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DO HABEAS CORPUS Nº 187029 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, "IN ABSTRACTO", A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, "CAPUT" E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) - OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE - O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA "PROIBIÇÃO DO EXCESSO": FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À

SUBSTITUIÇÃO - O LEGISLADOR NÃO PODE VEDAR A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO PENAL ALTERNATIVA, SEM A IMPRESCINDÍVEL AFERIÇÃO, PELO MAGISTRADO, DOS REQUISITOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA E DOS PRESSUPOSTOS DE CARÁTER OBJETIVO DO SENTENCIADO (CP, ART. 44), SOB PENA DE GERAR SITUAÇÕES NORMATIVAS DE ABSOLUTA DISTORÇÃO E DE SUBVERSÃO DOS FINS QUE REGEM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO ESTATAL – PRECEDENTES - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO, DOS SEUS EFEITOS À CO-RÉ. – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. – o Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. – Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo, previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos no art. 33, “caput” e § 1º, e arts. 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006.

Decisão

Superando a restrição fundada na Súmula 691/STF, foi concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus e, também de ofício, estendida a ordem à co-ré Marcilene Ferreira Vilela da Silva, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 30.11.2010.

=====

HC [97256 / RS](#) - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 01/09/2010

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010

EMENT VOL-02452-01 PP-00113

Parte(s)

PACTE.(S) : ALEXANDRO MARIANO DA SILVA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

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 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 conivolação em causa, na concreta situação do paciente.

#### Decisão

A Turma, por indicação do Ministro Marco Aurélio, decidiu afetar o processo a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Falaram: o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público da União, pelo paciente; e o Dr. Edson Oliveira de Almeida,

Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 22.09.2009.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que concedia parcialmente a ordem e declarava incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e

da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambas da Lei nº 11.343/2006, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco,

Defensor Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidência do Senhor Ministro

Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 18.03.2010.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Ministro Cezar Peluso (Presidente), concedendo parcialmente a ordem, e os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cármen

Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio, denegando a ordem, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Senhor Ministro Celso de Mello (licenciado). O Tribunal, por unanimidade, deferiu liminar. Plenário, 26.08.2010.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, concedeu parcialmente a ordem, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, com

votos proferidos na assentada anterior, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, licenciado, e Ricardo Lewandowski, ocasionalmente. Plenário, 01.09.2010.

=====

Disponibilizado pela Equipe do Serviço de Estruturação do Conhecimento (DGCON/SEESC)

Para sugestões, elogios e críticas: [jurisprudencia@tjrj.ius.br](mailto:jurisprudencia@tjrj.ius.br)