

POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS NO TRÁFICO

GERALDO LOPES PEREIRA, Defensor Público Substituto do Estado de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha – MG. Pós-graduado "lato senso" pelo Instituto Izabella Hendrix em Direito Público.

Conforme prevê o art. 44 do Código Penal¹ é possível a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos se o delito praticado não o for com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena de reclusão imposta não ultrapassar o limite de quatro anos e o agente preencher os requisitos subjetivos para receber o benefício.

A prática do delito de tráfico de drogas objetivamente se amolda à previsão contida no art. 44 do Código Penal, pois a violência ou a grave ameaça à pessoa não integram o tipo penal.

No entanto, o art. 44 da Lei 11.343/06² veda, abstratamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, maculando os princípios da individualização e da necessidade da pena.

Antes mesmo de ser declarada a inconstitucionalidade da disposição contida na Lei 8.072/90, que impunha o regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, o Supremo Tribunal Federal já admitia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme julgados adiante transcritos:

EMENTA: I. Habeas corpus: deficiência da fundamentação: indeferimento. II. **Sentença condenatória por tráfico de entorpecentes. Pena privativa de liberdade: cabimento da substituição por restritiva de direitos**, na condenação por fato ocorrido na vigência da L. 6.368/76: inadmissibilidade da aplicação retroativa de lei penal posterior mais gravosa (CF/88, art. 5º, XL). III. **Habeas corpus: deferimento, de ofício, para anular o acórdão da apelação no ponto em que indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade, devendo o Tribunal de**

Justiça do Rio Grande do Sul prosseguir no julgamento da apelação, analisando, como entender de direito, a presença dos requisitos para a substituição contidos no art. 44 do C. Penal.³ Grifos não contam do original.

EMENTA: Embargos de declaração em habeas corpus. 1. Ato decisório embargado: decisão monocrática (DJ 23.4.2007) que deferiu a ordem de habeas corpus tão-somente, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime (Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 1º). 2. Embargos opostos sob alegação de omissão da decisão embargada quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (embargante) foi intimada da referida decisão em 25.4.2007. Os embargos ora em análise foram opostos em 24.5.2007. Considerando-se, inclusive, o direito a contagem do prazo em dobro para a Defensoria Pública, o prazo processual hábil para a oposição do recurso ora em apreço encerrou-se no dia 7.5.2007. Embargos de declaração intempestivos, porque o recurso foi oposto fora do prazo legal de 10 (dez) dias. 4. Superação da questão da intempestividade destes embargos considerando a plausibilidade da tese suscitada pelo embargante. **5. Desde o julgamento do HC nº 84.928/MG, de relatoria do Min. Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal já discutia se a previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crimes hediondos ou assemelhados, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impediria fosse esta substituída por pena restritiva de direitos.** 6. Segundo consta do Informativo nº 463/STF, o Plenário do STF concluiu o julgamento do HC nº 85.894/RJ, de minha relatoria (sessão de 19.4.2007, acórdão pendente de publicação), reconhecendo, por maioria, a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos para os casos de tráfico ilícito de entorpecentes. 7. Em consonância com a jurisprudência desta Corte (HC nº 90.871/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJ 25.5.2007; HC nº 88.879/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJ 2.3.2007; e HC nº 84.928/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, unânime, DJ 11.11.2005), embargos de declaração não-conhecidos, mas, considerada a plausibilidade da tese do embargante, **concessão da ordem de ofício (CPP, arts. 647 e 654, § 2º) para que seja restabelecida**

a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos em que assegurado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.⁴ Grifos não constam do original.

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. LEI 6.368/76. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PRESENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, no caso concreto. Precedente. 2. Ordem concedida.⁵

No mesmo sentido entendia o Superior Tribunal de Justiça, conforme adiante:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPROPRIEDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INSUBSISTÊNCIA DAS RAZÕES QUE O DETERMINARAM. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.** 1. Na espécie, verifica-se a total inidoneidade da motivação apresentada pelo julgador, ao exercer o juízo de convicção, uma vez que não houve, na primeira fase, a indicação de razões válidas para a consideração de determinadas circunstâncias como desfavoráveis ao Paciente, na medida em que constituem questões inerentes ao tipo penal, imprestáveis, portanto, ao fim colimado. 2. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis ao réu – primário e com bons antecedentes –, estando a pena-base fixada no mínimo legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. **3. Não subsiste**

qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na hipótese, uma vez que foi afastado o único óbice à benesse, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado aos crimes hediondos e equiparados. 4. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, sendo a este também incumbido de examinar se estão atendidos os requisitos subjetivos e objetivos à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Ordem concedida, ainda, de ofício, para, mantida a condenação imposta, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão, tão-somente, na parte relativa à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 (dois) anos de reclusão, e 16 (dezesesseis) dias-multa. Por se encontrar em idêntica situação processual, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da presente decisão ao co-réu José Mário Calazans.⁶ Grifos não constam do original.

Após a entrada em vigor da Lei de Drogas (Lei 11.343/06), adveio a Lei 11.464/07, disciplinando o regime de cumprimento de penas e estabelecendo requisitos diferenciados aos condenados por crimes hediondos e equiparados para auferir benefícios pelo cumprimento de parte da pena imposta, não vedando a liberdade provisória e nem a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De início havia entendimentos no sentido de que não seria cabível a concessão da liberdade provisória ao tráfico de drogas, diante da previsão trazida pelo art. 44 da Lei 11.343/06. No entanto, acertadamente está prevalecendo a sua possibilidade, tendo em conta que a regra é a liberdade, sendo o encarceramento exceção, bem como que a Lei 11.464/07 não a vedou e nem poderia fazê-lo, sob pena de inconstitucionalidade pelo mesmo motivo, devendo, assim, ser analisada concretamente a sua necessidade.

O mesmo raciocínio se aplica em relação à possibilidade de substituir as penas privativas de liberdade por restritiva de direitos, se o agente preencher os requisitos subjetivos para receber o benefício.

Sobre o assunto, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, lecionam o seguinte:

13 Lei dos crimes hediondos (8.072/90) X Lei de drogas (11.343/2006)

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.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

A Nova Lei de Drogas estabeleceu regras próprias em relação à Lei dos Crimes hediondos. Ocorre que o tráfico de drogas é considerado crime assemelhado a hediondo e estava sujeito aos rigores da Lei 8072. A partir da Nova Lei de Drogas, o panorama modifica-se completamente.

Embora o legislador tenha estabelecido vários parâmetros e limitações ao atuar do Juiz, demonstrando falta de confiança no Poder Judiciário quanto à aplicação da nova lei, os magistrados continuarão a ser intérpretes da lei dentro de um sistema notadamente de princípios e garantias fundamentais. As regras que limitam a atuação judicial, estabelecendo proibições para a substituição de penas, concessão de liberdade provisória, etc., são inócuas, porque o juiz interpreta a lei a partir de um sistema penal e processual penal constitucional.

Os crimes de tráfico de drogas, entendidos como aqueles tipificados no art. 33, 'caput', e seu parágrafo 1.º, e 34 (respectivamente, antigos arts. 12 e 13 da Lei 6368/76), estão sujeitos às seguintes regras:

1. São inafiançáveis;
2. Insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória;
3. Não admitem conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos;

4. O livramento condicional só será cabível após cumpridos 2/3 da pena;

5. Reincidente específico em crime de tráfico não tem direito ao livramento condicional.

Comparando-se a Lei n.º 11.343/2006 com a Lei 8072, pode-se observar que aquela ampliou as restrições em relação a esta, notadamente ao proibir o *sursis*, que pode ser entendido tanto o da pena quanto o do processo. Todavia, os crimes mencionados no art. 44 estão todos fora dos parâmetros para a suspensão condicional do processo. Somente os crimes do art. 33, §§ 2.º e 3.º são passíveis de *sursis* processual (art. 89 da Lei 9099). Já o *sursis* da pena pode apresentar-se como possível no caso do tráfico minorado (art. 33, § 4.º), todavia o legislador proibiu tal benesse.

Entendemos que o juiz pode, no caso concreto, justificar a redução máxima da pena em dois terços e conceder o *sursis* da pena, embora haja proibição legal. A proibição fere o princípio constitucional da individualização da pena.

Com relação à liberdade provisória, a proibição mostra-se incoerente e completamente fora do contexto da moderna política criminal acolhida tanto no STF quanto no STJ, que estão a exigir do magistrado fundamentação concreta da segregação cautelar no caso de homologar auto de prisão em flagrante por crime hediondo ou tráfico de drogas.

Com a edição da Lei n.º 11.464/2007, modifica-se novamente o panorama, uma vez que o legislador expressamente manteve a proibição da fiança e suprimiu do texto original a liberdade provisória. Assim, plenamente cabível a concessão da liberdade provisória sem fiança no caso de prisão em flagrante por crime de tráfico de drogas. A matéria é objeto de análise em ítem próprio mais adiante.

A Lei 11.343/2006 não contém qualquer referência quanto ao regime de cumprimento da pena. Assim, valem as regras da Lei 8.072/90, com as novas alterações produzidas pela Lei 11.464/2007.

A despeito das inúmeras restrições que a lei impõe ao juiz, quer na fixação da pena, quer no regime de pena, caberá sempre, conforme o caso concreto, solução diversa da proposta em lei, se o magistrado concluir que os princípios de justiça e equidade estão a exigir outra solução.

Por fim, repisa-se a afirmação de que a Lei 8072, ao referir-se ao tráfico de drogas como crime assemelhado a hediondo e sujeitando-o aos rigores nela estabelecidos, atinge apenas e tão-somente os crimes do art. 33, “caput”, e § 1.º, e art. 34, porque as demais condutas de associação para o tráfico ou seu financiamento (art. 35) e o crime de financiamento não são considerados crimes de tráfico. É um problema de nomenclatura do crime. Embora não contenha a Lei 11.343/2006 o ‘nomem juris’ de tráfico de drogas, a matéria já foi objeto de inúmeras decisões no STF, bem como consta da Lei n.º 7960, inc. III, letra n), que tráfico de drogas era o antigo art. 12. Mais tarde, a jurisprudência estendeu o conceito ao antigo art. 13. Portanto, a referência ao tráfico de drogas atinge somente os arts. 33, “caput”, § 1.º, e 34 da Lei n.º 11.343/2006.

Criou-se uma aporia: os crimes de tráfico de drogas, que são objeto de tratamento mais rigoroso pela Lei nº 8072/90, têm, na verdade, alguns benefícios e algumas desvantagens em relação à Nova Lei de Drogas. Assim, por exemplo, os crimes rotulados como tráfico (art. 33, “caput”, § 1.º, e 34) têm direito à liberdade provisória, por disposição da Lei 11.464/2007, enquanto os crimes de associação e financiamento do tráfico (arts. 35 e 36) não são suscetíveis a esta benesse legal. Já o regime de cumprimento da pena para o tráfico é aquele definido pela Lei n.º 11.464/2007, portanto mais rigoroso, enquanto que, para os demais crimes, é a regra comum do Código Penal. Exemplificando: réu condenado por tráfico simples (art. 33, ‘caput’) à pena de 5 anos de reclusão terá o regime inicial fechado, e a progressão somente será possível após o cumprimento de 2/5 da pena. Já o réu condenado a 6 anos de reclusão, terá seu regime inicial fechado, e a progressão é possível com o cumprimento de 1/6, conforme Código Penal e LEP. Vai haver muita confusão e injustiça. Parabéns ao legislador.⁷

Admitindo a substituição é a seguinte notícia:

Lei de Drogas

Juiz dá pena alternativa a condenada por tráfico

por Érika Bento Gonçalves

A nova Lei de Drogas, que proíbe a conversão da pena de detenção em pena alternativa, é inconstitucional. O entendimento é do juiz Mário Jambo, da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que condenou uma acusada por tráfico de drogas a duas penas alternativas.

O juiz sustentou que **a proibição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 viola a garantia fundamental da individualização da pena prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso XLVI).** Na decisão, Mário Jambo analisou que o crime de tráfico de drogas, apesar da extrema gravidade, não poder ter o mesmo tratamento de um homicídio praticado por grupo de extermínio ou extorsão qualificada pela morte.

O juiz ponderou que não defende a impunidade, mas a pena estabelecida após a análise das particularidades de cada caso concreto dentro dos limites que o legislador fixar. **“O que se rejeita aqui são as fórmulas legislativas rígidas que impeçam as ‘calibragens’ necessárias para uma verdadeira individualização da pena.”**

Estela Taques foi presa em flagrante por tráfico internacional de drogas, em 20 de maio de 2007, no Aeroporto Internacional Augusto Severo, em Parnamirim (RN). Segundo a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, Estela transportava comprimidos de Ecstasy e maconha quando voltava de Amsterdã, na Holanda.

A acusada confessou ter sido contratada por uma pessoa do Rio de Janeiro, pela internet, para transportar a droga da Holanda para o Brasil. Em Amsterdã, Estela pegou a droga com um rapaz, cujo nome ela desconhece, e voltado de trem para Paris, de onde pegou um avião para Lisboa, seguindo viagem até o Brasil, pousando em Natal. Ela receberia entre R\$ 3 mil a R\$ 4 mil pelo serviço além de todas as passagens pagas pelo contratante.

Pela prática do crime tipificado no artigo 33 (que cita várias ações relacionadas ao comércio de drogas, entre elas o transporte), combinado com o artigo 40, inciso I (transnacionalidade do delito), todos da Lei 11.343/06, o juiz fixou a pena inicial em seis anos e quatro meses de reclusão. Porém, com as atenuantes de ser menor de 21 anos na data do fato e ter confessado espontaneamente o crime, o juiz condenou Estela a dois anos e meio de reclusão, que foram convertidos em duas penas alternativas.

A condenada deverá prestar serviços a entidade pública voltada para o tratamento e recuperação de dependentes de drogas durante os mesmos dois anos e meio. Estela deverá continuar os estudos universitários, devendo comprovar, semestralmente, perante o Juízo da Execução, a assiduidade e o aproveitamento no curso, pelo mesmo período da condenação ou até a conclusão do curso, caso esta venha ocorrer antes.⁸ Grifos não constam do original.

No mesmo sentido é o posicionamento de Paulo Queiroz:

Como é sabido, a nova lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), diferentemente da lei anterior (Lei nº 6.368/76), proibiu, expressa e terminantemente, quanto ao crime de tráfico e equiparados, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito, além de considerá-los inafiançáveis e insusceptíveis de *sursis*, graça, indulto etc. (art. 44).

Quanto ao crime de tráfico (art. 33), a vedação seria desnecessária, em virtude da severidade da pena mínima cominada, não fosse a possibilidade de aplicação de pena inferior a cinco de reclusão, admitida na forma do §4º do referido artigo. Quanto aos crimes dos arts. 34 a 37 (exceção feita ao financiamento do tráfico previsto no art. 36, que comina pena mínima de oito anos de reclusão) equiparados ao tráfico, cuja pena mínima é, respectivamente, de três e dois anos de reclusão, não haveria em princípio obstáculo à substituição, se a pena aplicada não excedesse a quatro anos (CP, art. 44, I).

Presume-se que semelhante vedação pretendeu realmente inviabilizar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se consolidava no sentido

de admitir, na vigência da lei revogada, a possibilidade de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito.

Que o legislador ordinário podia estabelecer novos parâmetros de pena, bem como vedar a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito, parece fora de dúvida. Com efeito, se podia o mais (criminalizar/descriminalizar, penalizar/despenalizar), podia o menos: proibir a admissão de pena não privativa da liberdade para os crimes mais gravemente punidos, em especial, o tráfico, por se tratar de crime assemelhado a hediondo, se bem que os argumentos utilizados pelo STF para declarar a inconstitucionalidade da não progressão em crimes hediondos parecem valer também aqui.

Mas isso não impede que o juiz, senhor que é da individualização da pena, de dar à nova lei interpretação conforme a Constituição, tomando como parâmetro a legislação infraconstitucional inclusive, especialmente o Código Penal.

Com efeito, não parece razoável que sentenciados por crimes de tráfico e similar não tenham direito à substituição, enquanto outros condenados por delitos tão ou mais graves (v.g., peculato, concussão, corrupção passiva, crime contra o sistema financeiro) possam fazer jus ao benefício. Note-se, aliás, que o condenado por este e outros crimes (de dano, e não de simples perigo, como é o tráfico), a exemplo do homicídio culposo, tem em tese direito à substituição, apesar de se tratar de crime contra a vida, e, pois, mais grave, desde que a pena não seja superior a quatro anos, diversamente do condenado por tráfico à mesma pena ou a pena inferior a quatro anos, que não faria jus ao benefício. Ora, é evidente que semelhante tratamento ofende o princípio da isonomia, sobretudo porque o critério de aferição da maior gravidade do crime (desvalor de ação e resultado) e, portanto, da condenação, é essencialmente formal: objetivamente, a pena cominada ou imposta; subjetivamente, a existência ou não de antecedentes.

Logo, não faz sentido, por exemplo, que duas pessoas, igualmente primárias e sem antecedentes, que cometam crime sem violência ou

grave ameaça à pessoa, sofram a mesma pena (digamos, dois anos de prisão), mas tenham tratamento sensivelmente desigual: uma fará jus à substituição e a outra não, só por ser tráfico de droga o seu crime e, pois, existir vedação legal no particular. Note-se que o crime do beneficiado pela substituição poderá ser eventualmente hediondo inclusive (v.g., falsificação de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), a demonstrar, ainda mais contundentemente, a violação ao sistema de valores e princípios constitucionais.

Portanto, não parece justo ou razoável, nem conforme os princípios de proporcionalidade, individualização da pena e isonomia, que o juiz, ao condenar o réu por crime de tráfico a pena não superior a quatro anos, não possa substituí-la em virtude da só vedação legal, mesmo porque a missão do juiz já não é mais, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sujeição à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição (Ferrajoli). O juiz não é a boca que pronuncia as palavras da lei, como pretendeu Montesquieu.

Parece-nos enfim que, apesar da vedação legal do art. 44 e 33, §4º, final, ao juiz é dado substituir, fundamentadamente, a pena de prisão por pena restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao réu e a substituição seja socialmente recomendável, nos termos da lei e do Código Penal (art. 44), por ser a legislação penal fundamental.

1Sídio Rosa de Mesquita Júnior entende, no entanto, que a lei não proíbe a *substituição*, mas a *conversão*, a cargo do juiz da execução. Textualmente: “a Lei nº 11.343/2006 não proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Por isso, ela só se volta ao juiz da Execução, não atingindo o Juiz criminal. Este, no momento da sentença, não encontrará obstáculo legal ao impor a norma de conteúdo material, isso em face do aspecto garantista da norma criminal”. Comentários à lei antidrogas. S. Paulo: Atlas, 2007, p. 79. Parece evidente, porém, que o legislador utilizou a expressão *conversão* no sentido de *substituição*.⁹ Grifos não constam do original.

Por oportuno, traz, ainda, o posicionamento que vem se firmando no Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - MATÉRIA JÁ APRECIADA EM HABEAS CORPUS PELO TRIBUNAL - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO - EXCESSO DE PRAZO - PRELIMINAR DE NULIDADE - DESCABIMENTO - JUNTADA EXTEMPORÂNEA DO LAUDO DEFINITIVO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - DESISTÊNCIA DA OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA EXCLUSIVAMENTE PELA ACUSAÇÃO - NULIDADE - IMPOSSIBILIDADE - QUANTIDADE DE DROGA - ELEMENTO QUE ISOLADAMENTE NÃO EXCLUI O TRÁFICO - CONDENAÇÃO MANTIDA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA - REDUÇÃO MÁXIMA - PRIVILÉGIO - REGIME ABERTO. 1. É vedada a reapreciação do direito de recorrer em liberdade no julgamento da apelação se a matéria já foi alvo de manifestação anterior do Tribunal quando do julgamento de habeas corpus. 2. Eventual alegação de excesso de prazo jamais macularia o procedimento criminal desenvolvido em contraditório. A consequência, se fosse a hipótese, seria a expedição de alvará de soltura. 3. Não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa se já houve a finalização, há muito, da instrução criminal, encontrando-se o processo de origem em fase de recurso de apelação junto ao Tribunal. 4. Não há nulidade exclusivamente pela juntada extemporânea de laudo toxicológico, se houve confirmação do primeiro laudo. A hipótese é tratada como de nulidade relativa, ou seja, cumprirá ao requerente a demonstração de prejuízo. 5. A defesa, in casu, teve plena oportunidade de manifestação sobre o laudo definitivo em sede de alegações finais e, ao ensejo, apenas destacou sua juntada após a audiência de instrução, sem apontar qual prejuízo teria advindo desta circunstância. 6. A testemunha, não encontrada para intimação, foi arrolada exclusivamente pelo Ministério Público, na denúncia, sendo que a defesa não adotou como suas aquelas arroladas na peça acusatória. Assim, coube somente ao Ministério Público a desistência, não havendo qualquer irregularidade na ausência de manifestação da defesa sobre referido ato. 7. Pratica o tráfico aquele que vende droga ilícita, ainda que não esteja caracterizado um

faturamento constante e vultoso, ainda que seja por uma vez apenas. E mais, ainda que pequeno, segundo a defesa, o volume de droga, podemos estar diante do tráfico ilícito. A quantidade apreendida é mais um elemento de convicção, mas não aponta, por si só, a existência de uso ou de tráfico. Por fim, a comprovação da condição de usuário, existente nos autos, não afasta também, simultaneamente, a prática do comércio ilícito. 8. Em sendo o acusado primário, não ostentando nenhum registro criminal anterior, e relativamente pequena a quantidade de droga com ele encontrada, deve ser aplicada a redução máxima de 2/3, afastando-se a redução de 1/5 fixada na sentença de modo injustificado. 9. **A Lei 11343/2006 criou a figura do tráfico privilegiado que, tal como o homicídio privilegiado, por exemplo, não é crime equiparado a hediondo, não se aplicando a ele a restrição da Lei 8.072/90 (necessidade de fixação do regime fechado).** V.V.P. TRÁFICO DE DROGAS - PRIVILÉGIO - CRIME HEDIONDO - REGIME FECHADO. A redução de pena prevista no § 4º da Lei 11.343/06 não retira o caráter hediondo do crime de tráfico, o que faz com que seu regime seja também o inicialmente fechado.¹⁰

Em recentíssimo julgamento, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal admitiu a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no tráfico, conforme notícia extraída de seu *site*:

2ª Turma do STF permite conversão de pena para restritiva de direitos em crime de tráfico de drogas 09/03/2010

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu nesta terça-feira (9) Habeas Corpus (HC) 102678, para restabelecer pena restritiva de direitos que substituiu uma condenação de um ano e oito meses de reclusão por tráfico de drogas (caput do artigo 33 da Lei 11.343/06). No caso, o condenado obteve a conversão de sua pena restritiva de liberdade (mais gravosa) por duas restritivas de direito. A determinação foi unânime e baseou-se em outras decisões de ministros da Corte.

Condenado pela comarca de Lavras, em Minas Gerais, a própria justiça de primeira instância fez a conversão da pena, determinando a prestação de serviços à comunidade.

O Ministério Público contestou o entendimento de primeira instância no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG), que acolheu o pedido ao alegar a existência de expressa vedação legal à substituição da pena. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a mesma posição.

A vedação legal, no caso, é o artigo 44 da Lei 11.343/2006, que torna os crimes de tráfico de drogas inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedando, inclusive, a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

No Supremo, decisões individuais e da 2ª Turma têm afastado a aplicação desse dispositivo legal tanto para permitir a conversão da pena quanto para conceder liberdade provisória.

O habeas julgado nesta tarde foi apresentado pela Defensoria Pública da União, que alegou, entre outros argumentos, violação ao princípio da individualização da pena.

Participaram deste julgamento os ministros Eros Grau (relator do habeas corpus), Celso de Mello e Cezar Peluso.

CONCLUSÃO

Embora o art. 44 da Lei 11.343/06 vede expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o agente preencher os requisitos subjetivos e a pena de reclusão aplicada for inferior a quatro anos, há que ser afastada a vedação, diante da sua inconstitucionalidade, por ferir de morte os princípios da individualização e da necessidade da pena.

¹ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II - o réu não for reincidente em crime doloso;
III - 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. § 1º (VETADO)
§ 2º 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.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

² 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.

³ HC 91600 / RS - RIO GRANDE DO SUL - Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 07/08/2007 - Órgão Julgador: Primeira Turma.

⁴ HC-ED 91098 / RJ - RIO DE JANEIRO - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 26/06/2007 - Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁵ HC 84715 / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 08/05/2007 - Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁶ HC 92774 / MG - RELATOR: Ministra LAURITA VAZ (1120) - Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA - Julgamento: 06/03/2008.

⁷ Ob. citada, p. 127 *usque* 130.

⁸ Artigo retirado da Revista **Consultor Jurídico** - 19 de novembro de 2007.

⁹ Queiroz, Paulo, Vedação de pena restritiva de direito na nova lei de drogas.

¹⁰ Número do processo: 1.0461.07.043807-6/001(1) - Relator: EXMO. SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Data do Julgamento: 23/09/2008.