



## Pena não pode ser convertida em caso de crime de tráfico de drogas

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça rejeitou Arguição de Inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 33 e do artigo 44 da Lei 11.343/2006 (a chamada lei antidrogas), suscitada pela 6ª Turma do tribunal. Com base no voto vista do ministro Ari Pargendler, que divergiu do ministro relator Og Fernandes, a Corte ratificou os dispositivos legais que vedam a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

O artigo 44 da Lei 11.343 dispõe que “os crimes previstos nos artigos 33, caput e parágrafo 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”. O parágrafo 4º do artigo 33 dispõe que “nos delitos definidos no caput e no parágrafo 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Ari Pargendler iniciou seu minucioso voto, com menção a reportagem informando que o governo pretende propor mudanças na lei antidrogas para que quem for flagrado pela Polícia vendendo pequena quantidade de droga, estiver desarmado e não tiver ligação comprovada com o crime organizado seja condenado a penas alternativas.

A notícia foi a introdução para o desenvolvimento do voto que abriu e consolidou a divergência. “Se a presente arguição de inconstitucionalidade for julgada procedente, o efeito será maior que o das mudanças que serão propostas pelo Ministério da Justiça: a pena de privação da liberdade poderá ser substituída pela pena de restrição de direitos desde que atendidas as demais exigências legais”, ressaltou.

Para Ari Pargendler, a adoção da pena privativa de liberdade para punir o crime de tráfico de entorpecentes não implica no descumprimento das normas constitucionais da dignidade humana e da individualização da pena, invocadas para a declaração de inconstitucionalidade. Segundo o ministro, a privação da liberdade pode parecer inconciliável com a dignidade humana, mas os princípios constitucionais devem ser ponderados, e o da defesa social, representado pela pena, justifica a privação temporária da liberdade para garantir a convivência social.

Também destacou que existe um estreito paralelo entre a norma da lei antidrogas e o preceito constitucional disposto no artigo 5º, XLIII, que determina que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes.

Para ele, a lógica está justamente na relação entre a inafiançabilidade pelo tráfico ilícito de entorpecentes e a inconversibilidade da pena de privação da liberdade pela pena restritiva de direito: “como justificar a prisão antes de uma condenação judicial, para, depois desta, substituí-la pela pena restritiva de direitos?” indagou em seu voto.

Segundo o ministro, o argumento de que a vedação da conversão leva à padronização da pena peca pelo excesso. “Se a lei deve assegurar indiscriminadamente ao juiz o arbítrio para, no caso do tráfico ilícito de entorpecentes, substituir a pena privativa da liberdade pela pena restritiva de direitos, o próprio artigo 44



---

do Código Penal seria inconstitucional ao excluir desse regime, com maior razão, os crimes cometidos à base da violência ou de grave ameaça à pessoa”.

Ari Pargendler ressaltou que as hipóteses excludentes do regime de substituição de penas, contempladas no artigo 44 do Código Penal, tem como suporte unicamente o critério do legislador ordinário, enquanto que a inconversibilidade das penas quando a condenação decorre do tráfico ilícito de drogas tem por si a vontade do constituinte, que em dois momentos destacou a importância da repressão a esse crime: no artigo 5º, XLIII, e no artigo 5º LI, que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

O voto vista rejeitando a arguição de inconstitucionalidade foi acompanhado por maioria. Ficaram vencidos os ministros Og Fernandes e Nilson Naves. *Com informações da Assessoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça.*

### **HC 120.353**

**Autores:** Redação ConJur