



PROCESSO-CRIME N.º 2.10.0116235-6
INQUÉRITO POLICIAL N.º 149210250152A
AUTOR: O MINISTÉRIO PÚBLICO
RÉ: LEIDI VALÉRIA FERREIRA
JUIZ-PROLATOR: JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA
DATA: 10.08.2012

VISTOS, ETC.

LEIDI VALÉRIA FERREIRA, brasileira, solteira, com 25 anos de idade à época do fato, nascida em 08.05.1985, natural de Porto Alegre, RS, filha de Álvaro Eni Ferreira e de Ana Maria da Silva Ferraz, residente na Rua José Marcelino, n.º 396, Bairro Mário Quintana, nesta Capital, foi **denunciada pelo Ministério Público** como incurso nas sanções do **artigo 33, “caput”, da Lei n.º 11.343/06**, porque:

“No dia 26 de outubro de 2010, por volta das 08h40min, na Av. Rocio, no interior do Presídio Central, nesta Cidade, a denunciada trazia consigo, para o fim de comércio, aproximadamente 183,19,00g de cocaína processada na forma de crack e 13,28g de Cannabis Sativa, vulgarmente conhecida como maconha, substâncias entorpecentes que determinam dependência (conforme laudo de constatação da natureza da substância de fls. 28/29 do Auto de Prisão em Flagrante), sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

“Na ocasião, a denunciada estava no interior do serviço de revista feminina das visitantes do Presídio Central as policiais responsáveis pela revista encontraram no interior de sua vagina, dentro de um preservativo, a droga acima referida (auto de apreensão da fl. 24 do Auto de Prisão em Flagrante).”

Autuada em flagrante delito, o auto foi homologado, sendo mantida a prisão provisória da indiciada.

Neste juízo, foi concedida a liberdade provisória.

Notificada, apresentou defesa preliminar a denunciada através de defensor constituído, sendo recebida a denúncia.



Na instrução, foi a ré, já citada, qualificada e interrogada, sendo ouvidas duas testemunhas de acusação e uma de defesa.

Substituído o debate oral por razões escritas, nessas, o Ministério Público, entendendo provadas a autoria e a materialidade do crime, pediu a procedência da denúncia.

A defesa sustentou não ser a ré traficante, tendo sido essa obrigada por seu companheiro, que é usuário de entorpecentes, a levar a droga para o interior do estabelecimento prisional. Embora tenha sido a ré abordada quando ingressava como visita no presídio transportando os entorpecentes, essa é primária, não havendo informações de envolvimento da mesma no tráfico organizado, bem como ressaltou ter sido esse delito caso isolado em sua na vida. Pediu a absolvição da acusada e, em caso de condenação, requereu a aplicação da pena mínima, com a redução prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, a substituição pela pena restritiva de direitos, bem como o direito de apelar em liberdade.

A ré não registra antecedentes (fls. 40/41 e 149).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

A materialidade do fato está consubstanciada no auto de apreensão de fl. 29, nos laudos de constatação da natureza das substâncias de fls. 33 e 34, nos laudos toxicológicos definitivos de fls. 67 e 69 e no auto de exame de corpo de delito de fl. 71.

A acusada, quando interrogada, admitiu a prática do fato:

“J: O que a senhora tem a falar sobre esse fato? I: Foi que o meu companheiro tinha me pedido, só que eu sempre disse que não, eu nunca tinha me envolvido com isso, daí um dia ele me pediu que eu levasse, que estava desesperado, porque ele é usuário, daí eu resolvi levar, só que foi a primeira vez, daí eu tava muito nervosa e a soldada percebeu, foi aonde eu tirei e dei pra ela ali, até



porque não tem porquê esconder, já estava ali, ela mesmo pode confirmar para a senhora.

J: *O seu companheiro está preso há quanto tempo? I:* *Agora ele foi para o semi-aberto, mas já faz quatro anos.*

J: *Por que ele está preso? I:* *A senhora sabe que eu nem sei doutora.*

J: *Não é por droga? I:* *Pra dizer bem à verdade para a senhora eu não sei, porque quando eu o conheci a gente já tinha dado umas namoradas assim, depois quando a gente começou a ficar junto mesmo, que eu saiba, é por roubo, pelo que ele me contou.*

J: *E ele se viciou dentro ou fora do sistema penitenciário? I:* *Não, ele já era usuário.*

J: *A senhora trabalha? I:* *Eu trabalho em serviços gerais na ACM.*

J: *É com carteira assinada? I:* *Sim.*

J: *E a senhora vive com ele há quanto tempo? I:* *Há dois, que eu resolvi visitar ele faz dois anos.*

J: *A senhora não é viciada, não tem nenhum tipo de vício em droga? I:* *Não.*

J: *Dada a palavra ao Ministério Público:*

MP: *Toda essa quantidade era para ele, para o consumo dele ou ele ia comercializar lá dentro? I:* *Olha, ele me disse que era pra ele.*

MP: *E a senhora transportou isso embalado em papel laminado, isso apitou o pórtico ou foi só o seu nervosismo? I:* *Foi só o meu nervosismo mesmo.*

MP: *Quem lhe deu essa droga? I:* *Foi um rapaz de moto lá na minha casa.*

MP: *Mas a senhora sabia o que tinha dentro? I:* *Eu sabia que era droga, mas eu não abri, não mexi, não fiz nada.*

MP: *Nada mais.*

J: *Dada a palavra à Defesa, nada perguntou. Nada mais.”*

A policial militar Lázara Francisca Faria Fonseca
relatou:

“J: A senhora recorda desse fato? T: Eu estava na sala de revista no dia.

J: *Como foi que a ré caiu na revista? T: Ela foi selecionada junto com as demais para a revista.*

J: *Essa seleção foi uma seleção aleatória ou ela apresentou algum sinal que os senhores notaram? T: Foi aleatória.*

J: *A senhora não lembra se ela estava se apresentando nervosa? T: Não.*

J: *Quando encontrada essa droga com ela, o que ela disse? T: Não lembro o que ela disse.*

J: *Além da senhora, quem estava nessa revista? T: Pois agora eu fiquei na dúvida de quem estava comigo no dia dessa revista. Pra mim seria a Débora e a outra seria a Keli, se não me engano.*

J: *Dada a palavra ao Ministério Público, nada perguntou. Dada a palavra à Defesa:*



D: Quem fez a revista pessoal na ré? **T:** A revista pessoal a gente não faz a revista nela, ela mesmo faz o agachamento e a gente só olha, quando ela abriu o canal apareceu o preservativo, daí ela tirou.

D: Ela alegou alguma coisa no momento? **T:** Não, só tirou.

D: Nada mais.

J: Nada mais.”

A policial militar Débora Cristiane Schimdt Pereira relatou:

“J: A senhora lembra desse fato?

T: Sim, ela ficou para a revista íntima, nem todas ficam mas ela ficou. E foi encontrado dentro da vagina dela.

J: A senhora referiu que ela ficou, mas nem todas ficam, tinha algum motivo ou foi por acaso?

T: Por acaso, as colegas já acharam ela meio nervosa, mas foi por acaso.

J: Ela não era uma pessoa conhecida de vocês?

T: Ela visitava lá.

J: Ela já tinha ido outras vezes lá visitar?

T: Sim.

J: E conforme consta aqui, havia crack e maconha? Não sei se a senhora lembra.

T: É, eu lembro.

J: Pelo MP.

MP: Ela justificou se ia entregar essa droga pra alguém lá dentro?

T: Eu não recordo. Ela disse que tava levando para um amigo que estava lá dentro se eu não me engano.

MP: Ela chegou a dizer que era pra ela?

T: Não.

MP: E essa droga estava onde mesmo?

T: Na vagina.

MP: Fizeram a revista íntima então.

T: Sim.

J: Pela defesa.

D: Ela sabe dizer se era pra mais alguma pessoa que ela ia entregar?

T: Eu não lembro, são muitas visitas, fica difícil de lembrar. Algumas visitam 5, 6, então fica complicado lembrar. Na ocorrência era pra um amigo só que ela levada.”

A testemunha de defesa se limitou a abonar a conduta da acusada.

Nesse contexto, indubitável que se encontrava a ré levando as drogas para o interior do presídio quando ia visitar seu companheiro, estando a admissão disso em conformidade com a prova produzida e com o auto de apreensão.



Desnecessário que haja prova presencial de mercancia, bastando o tão-só transporte da substância entorpecente para entrega a terceiro para a caracterização do tipo penal imputado:

Tóxico. Tráfico de maconha. Certeza da materialidade e da autoria do delito, impossibilitando a pleiteada absolvição ou reconhecimento do crime na forma tentada. Inexigibilidade de entrega da droga ou prova efetiva de mercancia, por tratar-se de crime de perigo abstrato. O transportar o tóxico, com a finalidade de entrega a terceiro, configura, por si só, o delito de tráfico na sua forma consumada. Tratando-se de delito de ação múltipla, configurada uma das condutas do art. 12 da Lei Antitóxicos, tem-se o crime por consumado. pena privativa de liberdade fixada com adequação à espécie. Apelo improvido.

(Apelação-Crime nº 70000875203. 1ª Câmara Criminal do TJERGS. Rel. Des. Ranolfo Vieira. J. em 21.06.2000, un. “in” RJTJERGS 202/178). Grifo nosso.

Portanto, indiferente se a droga seria ou não para o consumo do companheiro da acusada, o que não restou demonstrado, bem como, diante das expressivas quantidades de substâncias entorpecentes transportadas, ou seja, 183,19 gramas de “crack”, possibilitando, por sua natureza, o fracionamento em grande número de porções (uma grama pode ser dividida em cerca de cinco pedras para comercialização), bem como 13,28 gramas de maconha, evidenciado, claramente, que as substâncias se destinavam a abastecer o comércio ilícito dentro do estabelecimento prisional.

De outro lado, sem qualquer ressonância na prova a alegação da defesa quanto à possibilidade de ter sido a ré ameaçada para fazer o transporte da substância entorpecente para dentro do presídio, cabendo à denunciada, se, realmente, estivesse em risco, ao invés de cometer a conduta criminosa, denunciar a situação à autoridade competente para as providências cabíveis.

Logo, não poder ser acolhida a alegação, estando ausente prova para demonstrar coação irresistível ou inexigibilidade de outra conduta:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA. PESSOA ESTRANHA AO PROCESSO.



INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS . AUSÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA MULTA. DESCABIMENTO. 1. Não cabe ao juízo determinar exame de dependência toxicológica de quem não é réu no processo. 2. Ré flagrada levando drogas para o presídio, sob a alegação de que sofreu coação moral irresistível, pois seu filho sofria ameaças no interior do cárcere não afasta sua responsabilidade, haja vista deveria ter avisado a direção para troca de estabelecimento penal. 3. Considerando as disposições constitucionais sobre os crimes hediondos verifica-se que incompatível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, que exigem tratamento mais rigoroso, consoante disposto no artigo 5, incisos XLIII, em boa hora resolvida pela Lei n.º 11.343/06, que no artigo 44, veda a benesse. 4. A multa é pena cumulativa prevista no preceito secundário do tipo descabendo sua exclusão pelo princípio da reserva legal. PRELIMINAR REJEITADA. NEGADO PROVIMENTO.

(Apelação Crime Nº 70019284934, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 19/07/2007). Grifo nosso.

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. APREENSÃO NA REVISTA. CONDENAÇÃO. Caracteriza o crime do art. 33 da Lei 11.343/06, a visitante que tenta entrar no presídio com 22 gramas de maconha e 05 gramas de crack, escondidas na calcinha e percebidas durante a revista íntima. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A causa excludente de culpabilidade deve ser de tamanha magnitude que impeça absolutamente o agente de agir conforme o direito, restando apenas a conduta ordenada pelo coator. Não se verifica no caso, onde a defesa não logrou provar o a alegação (art. 156 do CPP). ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. COMPROVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. As circunstâncias do caso revelam que a ré tinha ciência do que estava tentando introduzir no estabelecimento prisional. O dolo de levar maconha e crack é facilmente perceptível nas atitudes da acusada, já que, ao cair o pacote de drogas no chão durante a revista, tratou de tentar escondê-las, pisando em cima. O tentar esconder o que trazia denuncia a ciência da ré a respeito da ilicitude da sua conduta. Além disso, seu desespero, tão logo apreendida a droga, se justifica, porque tinha ciência de que, encontrada, seria acusada de tráfico. APENAMENTO. PENA-BASE. AFASTAMENTO DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/06. Levando-se em conta o que determina o art. 42 da Lei 11.343/06, em face da quantidade e diversidade de droga encontrada com a ré, impositivo o afastamento da pena-base do mínimo legal, devendo ser fixada em



05 anos e 06 meses. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECONHECIMENTO. ÍNDICE. Inexistindo indicativos de que a acusada se dedicasse à atividade ilícita ou fizesse parte integrante de alguma organização criminosa e sendo primária e de bons antecedentes, impositivo o reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Com relação ao índice, a fração de 2/3 melhor atende os objetivos da pena, devendo ser mantida. SANÇÃO PECUNIÁRIA CUMULATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. Segundo entendimento pacífico nesta Corte, a minorante prevista no art. 33, §, 4º, da Lei 11.,343/06 também deve ser implicado à sanção pecuniária cumulativa, que, no caso, vai reduzida para em 200 dias-multa, no valor unitário mínimo. PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS (Apelação Crime Nº 70032418329, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 16/12/2009). Grifo nosso.

Em vista disso, plenamente demonstradas a materialidade e a autoria do delito imputado, bem como, tendo sido o crime praticado no ingresso nas dependências de estabelecimento prisional, incidente, também, a causa de aumento de pena do art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06.

De outro lado, a ré é primária, não tem antecedentes de tráfico, não havendo prova de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Assim, faz jus à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Tratando-se de tráfico de entorpecentes privilegiado e não estando esse expressamente abarcado no rol de crimes elencados pelo art. 1º da Lei 8.072/90, não incide a restrição ao regime inicial de cumprimento de pena previsto naquela lei, devendo sua fixação observar os parâmetros do art. 33 do Código Penal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. AFASTADA. SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. 1. Para a configuração da coação moral irresistível, deve o coacto estar submetido à insuportável pressão do coator, capaz de impossibilitar conduta diversa (art. 22 do CP). 2. O contexto probatório é suficiente a alicerçar a condenação da apelante por tráfico de drogas. Apreensão da droga



corroborada pela própria confissão da ré de que pretendia adentrar no presídio transportando maconha para o seu companheiro. A alegação de que a droga seria destinada para consumo próprio - dela e de seu companheiro - não prevalece diante da assertiva de que porção da droga não seria compartilhada e ficaria com o companheiro no presídio. 3. O reconhecimento da privilegiadora do tráfico afasta a hediondez do delito, permitindo que a estipulação do regime de cumprimento de pena se dê com base na análise dos pressupostos previstos no art. 33 do CP, notadamente porque a acusada fez jus à substituição da pena prisional substituída por restritivas de direitos. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70048062889, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 28/06/2012). Grifo nosso.

*LEI 11.343/06. ART. 33, CAPUT, C/C, ART. 40, III. Prova suficiente quanto à existência do fato e autoria. A ré levava para o interior da penitenciária, aproximadamente 40,81g de `cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, com o fim de fornecer a terceiro apenado. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28. Para tanto, não basta a simples alegação da condição de usuário. **MAJORANTE.** Evidenciada a majorante do art. 40 da Lei 11.343/06, uma vez que a ré estava dentro do presídio com a droga. **MINORANTE.** A fração de redução, pela incidência do § 4º do artigo 33, deve considerar a variedade e quantidade de droga. **REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.** Reconhecida a figura do tráfico privilegiado, não incidem as regras mais rigorosas destinadas ao tráfico tradicional. Tratamento diferenciado dado pela Lei ao agente primário. Conciliação das disposições favoráveis do artigo 33, § 4º, observando que as regras restritivas do art. 44 referem-se apenas a algumas figuras penais. Fixação do regime considerando o disposto no Código Penal. No caso, o aberto, considerando a quantidade da pena. Precedentes desta Terceira Câmara e do STF. **APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.** (Apelação Crime Nº 70046752689, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 14/06/2012). Grifo nosso.*

No mesmo sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE



CONCEDIDA. I – O Tribunal de Justiça local considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, para fixar a pena-base no mínimo legal, valendo-se da natureza e da quantidade de entorpecente apreendido (sete invólucros contendo cocaína, com peso total de 1,44 gramas) apenas na aplicação do redutor na fração de 1/3. II – A fixação do quantum de redução da pena no patamar intermediário foi devidamente fundamentada na natureza e na quantidade de entorpecente apreendido, aspectos não considerados na aplicação da pena-base. III – A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 tem sido afastada por esta Turma quando presentes os requisitos do art. 33, II, c, do Código Penal, para impor ao paciente o regime inicial aberto. IV – Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal. V – Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (HC 111247, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012).

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Superação da Súmula 691. Ordem deferida. (HC 111694, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 19-03-2012 PUBLIC 20-03-2012).

A denunciada admitiu perante este juízo a prática do fato imputado, pelo que incidente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inc. III, alínea “d”, do Código Penal).



ISSO POSTO, julgo procedente a ação penal para condenar LEIDI VALÉRIA FERREIRA nas penas do art. 33, “caput”, com a incidência de seu parágrafo 4º, e do art. 40, inc. III, todos da Lei nº 11.343/06.

Passo a dosar a pena.

A ré é primária. A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. A personalidade não evidencia anormalidade. Os antecedentes e a conduta social foram abonados. O motivo não ficou comprovado. As circunstâncias e as consequências do crime não apresentam particularidades. Não há, na espécie, influência de comportamento de vítima.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão, deixando de operar a redução pela atenuante reconhecida por já ter fixado a pena no mínimo cominado (Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça). Outrossim, aumento a pena, pela causa de aumento reconhecida (art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06), em um sexto, ficando em 05 anos e 10 meses de reclusão, que reduzo, considerando a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em dois terços, passando a **01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras. A pena pecuniária vai fixada, inicialmente, em 500 dias-multa, que majoro, pela causa de aumento reconhecida, em um sexto, para 583,33 dias-multa e reduzo de dois terços pela causa de diminuição acima mencionada, passando a **194,44 (cento e noventa e quatro inteiros e quarenta e quatro centésimos) dias-multa**, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à época do fato, corrigida quando do pagamento.

Iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade em **regime aberto** (art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Não obstante a vedação pelos arts. 33, § 4º, e 44, “caput”, da Lei nº 11.343/06 da substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, o plenário do



Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação, cabendo, em cada caso, a análise pelo juízo da presença dos requisitos subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, como já vinha entendendo aquele Tribunal:

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 convalidação em causa, na concreta situação do paciente.

(HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113). Gifos nossos.

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA, RESTRITIVA DE DIREITOS. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. 2. Progressão de regime assegurada na sentença. Ausência de interesse de agir. Ordem concedida para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos. (HC 97500, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00389 RB v. 22, n. 561, 2010, p. 38-39). Grifo nosso.

Assim, diante do quantitativo da pena aplicada, sendo a ré primária, presentes os requisitos do art. 44 e § 2º do Código Penal e entendendo serem às mais adequadas ao fato e às condições pessoais da condenada, **substituo a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade**, pelo tempo da pena carcerária imposta, conforme for provido pelo juízo da execução, **cumulada com multa**, que fixo no mesmo quantitativo acima, que deve ser com aquele acrescido.



Custas pela condenada.

Oficie-se, desde logo, à autoridade policial, autorizando seja dada a devida destinação às drogas apreendidas.

Transitada em julgado, lance-se o nome da ré no rol dos culpados; comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral; remetam-se as informações estatísticas; oficie-se ao Instituto Geral de Perícias autorizando a incineração das amostras de droga preservadas (Ofício-Circular nº 010/2011-CGJ); e forme-se o Processo de Execução Criminal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 10 de agosto de 2012.

JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA
Juiz de Direito