

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**HABEAS CORPUS PREVENTIVO**

Recurso

Ap. 1.448/99

Relator

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

TRÁFICO DE ENTORPECENTES — SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO - RÉU PRIMÁRIO - ADMISSIBILIDADE**EMENTA**

ACÓRDÃO: Entorpecentes. Tráfico. Penas restritivas de direitos (art. 44 C.P. com a redação da lei 9714 de 25.11.98). Aplicabilidade ao crime do art. 12 da lei 6.368/76. Demonstrando a prova que a substância entorpecente apreendida com o acusado destinava-se ao tráfico, mantém-se a condenação, assim como as penas. Substitui-se, porém, a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, e 10 DM, na forma do art. 44, § 2º, do C.P. Se os acusados preenchem as novas condições impostas pelo art. 44, do C.P., não se pode excluir a possibilidade de substituição por tratar-se de crime do art. 12, da lei 6368/76, equiparado a crime hediondo. A nova norma só obstaculiza a pena substitutiva quando a privativa de liberdade for superior a 04 anos ou o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Esta nova regra da parte geral do C.P. aplica-se "aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso" (art. 12, C.P.). A lei especial não dispõe de modo diverso, e a lei 9.714/98 não faz qualquer exceção à sua aplicabilidade, atingindo até o reincidente (art. 44, § 3º). "Se em Direito Penal a hermenêutica é restrita", como ensina RUI BARBOSA, a exclusão das penas restritivas de direitos ao condenado pelo art. 12, da lei 6.368/76, violenta o princípio da legalidade das penas. Se a nova norma não diferencia, não restringe, não exclui, não poderá fazê-lo o Juiz. Recurso provido parcialmente. Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1345/99, em que é Apelante Eldon Pereira Veríssimo e Apelado Ministério Público. Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal, por maioria, em dar provimento parcial ao recurso para assegurar ao réu a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, e uma pena de multa de 10 DM ao menor valor unitário, expedindo-se alvará de soltura, vencido o Des. ALBERTO CRAVEIRO que mantinha a decisão nos termos em que está posta. Voto A prova produzida é certa sobre a autoria, como analisa a sentença, nenhuma dúvida sobre a destinação do entorpecente para o tráfico. Substitui-se, porém, a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, e 10 DM, na forma do art. 44, § 2º, do C.P. A nova redação do art. 44, do C.P., dada pela lei 9.714/98, abrange agora a pena privativa de liberdade não superior a 04 anos, excluindo-se o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. O apelante atende às condições previstas nos incisos I, II e III, do art. 44: a pena aplicada é de 03 anos, é primário, com 18 anos, inexistindo qualquer contra-indicação à substituição. A nova norma penal não exclui qualquer crime dessa possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos; a todo crime, independente da sua natureza ou gravidade, aplica-se esta nova norma, desde que preenchidas pelo acusado as suas condições. A exclusão sistemática dos crimes hediondos e do tráfico de entorpecentes violenta o conteúdo dessa norma, pois não se pode negar o direito à aplicação mais favorável da pena a determinado crime se não há previsão legal para essa restrição. Se o novo art. 44 não diferencia, não restringe, não exclui, não poderá fazê-lo o Juiz. Cada caso deve ser analisado individualizadamente. É claro que aquele grande traficante, explorador do vício, explorador da mão-de-obra sub-humanamente descartável, aplicador e especulador do mercado financeiro, este não merecerá o benefício de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos; para este, só a substituição não será suficiente nem necessária para reprovação e prevenção do crime. Também não será necessária e suficiente para aquele outro traficante, que impõe o

terror e a violência à comunidade subjugada ao seu domínio. Nem um nem outro, porém, é o caso do apelante. A sua atividade não se reveste daquela especial gravidade a requerer maior repressão. Para ele, como para tantos outros, a pena restritiva de direitos mostra-se suficiente. E não constitui obstáculo à substituição a circunstância de determinar a lei 8.072/90 o regime integralmente fechado: se o acusado descumprir a restrição imposta, a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, a ser cumprida no regime determinado pela sentença (art. 44, § 4º, C.P.). Com a nova redação dada ao art. 44, do C.P., garante-