

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

REGIME DE SEMILIBERDADE

Recurso

HABEAS CORPUS .

Tribunal

TRF

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS — INCONVERSIBILIDADE

RESUMO

1. Pedi vista dos autos na sessão anterior, realizada em 21 de outubro de 2009. No dia seguinte, o jornal 'O Estado de São Paulo' noticiou: "Mudanças na lei antidrogas que serão propostas pelo governo ao Congresso, até o fim do ano, vão livrar os pequenos traficantes da cadeia. Quem for flagrado pela polícia vendendo pequena quantidade, estiver desarmado e não tiver ligação comprovada com o crime organizado será condenado a penas alternativas" (de autoria do jornalista Felipe Recondo, caderno Metrópole, C1). - Se a presente arguição de inconstitucionalidade for julgada procedente, o efeito será maior do 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. - A qui se trata de alguém que foi condenado à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, por ter sido flagrado na posse de 5.015 g (cinco mil e quinze gramas) de cocaína (peso bruto), correspondentes a 3.507 g (três mil, quinhentos e sete gramas) de cocaína (peso líquido), quando, no Aeroporto de Guarulhos, tentava embarcar para a cidade de Manchester, na Inglaterra (fl.); tráfico internacional, portanto, que não pode ser qualificado como pequeno. 2. O voto do relator, Ministro Og Fernandes, e o voto do Ministro Nilson Naves, que o secundou, declaram a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44 da Lei nº 11.343, de 2006, com base no art. 1º, inc. III. e no art. 5º, XLVI da Constituição Federal. - A primeira norma constitucional proclama a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, democrático de direito. - Se, como é, a liberdade constitui um atributo do homem, que se desvinculou do mundo do instinto, sua privação pode parecer inconciliável com a dignidade humana. Os princípios constitucionais, no entanto, devem ser ponderados, e o da defesa social, representado pela pena, justifica a privação temporária da liberdade, porque é o instrumento de que se vale o Estado, seja qual for a forma pela qual se organize, para garantir a convivência social; o modo como ela é cumprida (estabelecimentos carcerários precários, e seus consectários) pode, sim, afetar a dignidade humana, mas aí já não se está no âmbito legislativo, o único que interessa à presente arguição de inconstitucionalidade. 3. A segunda norma constitucional invocada para a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais citados dispõe sobre a individualização da pena. - Essa individualização inicia, ordinariamente, pela lei. "Na lei" - ensina ANÍBAL BRUNO - "a gravidade da pena se altera conforme o valor que a ordem de Direito atribui ao bem jurídico protegido, isto é, acompanhando a hierarquia de valores que a própria lei estabelece" (Direito Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1984, Tomo 3º, p. 104/105). - A Lei nº 11.343, de 2006, no art. 44, caput, veda a conversão das penas cominadas aos crimes previstos nos seus arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 em penas restritivas de direitos, explicitando que eles são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória - tudo a revelar os valores que a lei visa preservar. - Há um estreito paralelo entre essa norma e aquela de que trata o art. 5º, XLIII, bem assim uma lógica. - O art. 5º, XLIII, dispõe que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes. - A lógica está na relação entre a inafiançabilidade do tráfico ilícito de entorpecentes e a inconversibilidade da pena de privação da liberdade pela pena restritiva de direitos; como justificar a prisão antes de uma condenação judicial, para, depois desta, substituí-la pela pena restritiva de direitos? - Não obstante a Sexta Turma, a mesma que suscitou esta arguição de in

EMENTA

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 art. 44 do Código Penal seria inconstitucional ao excluir desse regime os crimes cometidos à base da violência ou de grave ameaça à pessoa - e com maior razão. - Com efeito, as hipóteses excludentes do regime de substituição de penas, contempladas no art. 44 do Código Penal, tem como suporte unicamente o critério do legislador ordinário; já a inconversibilidade das penas quando a condenação decorre do tráfico ilícito de entorpecentes têm por si a vontade do constituinte, que em dois momentos destacou a importância da repressão a esse crime, a saber: - primeiro, no art. 5º, XLIII, já citado, a cujo teor a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes; - segundo, no art. 5º, LI, que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.