

30/05/2017

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 138.828 MATO GROSSO DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**PACTE.(S)** : **ADELINO AFONSO**  
**PACTE.(S)** : **CLAUDINEI SORRILHA RIOS**  
**IMPTE.(S)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**ADV.(A/S)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. DIREITO RECONHECIDO PELO MAGISTRADO DE PISO. ORDEM CONCEDIDA.

I – 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 (redação do art. 44 do Código Penal).

II – O condenado que preenche esses requisitos faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III - Ordem concedida para restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de piso, que decidiu pela substituição.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos

**HC 138828 / MS**

e das notas taquigráficas, por votação unânime, conceder a ordem para restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de piso, que decidiu pela substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de maio de 2017.

**RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR**

30/05/2017

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 138.828 MATO GROSSO DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**PACTE.(S)** : **ADELINO AFONSO**  
**PACTE.(S)** : **CLAUDINEI SORRILHA RIOS**  
**IMPTE.(S)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**ADV.(A/S)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RELATÓRIO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Adelino Afonso e Claudinei Sorrilha Rios contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do AREsp 666.927-AgR/MS, assim ementado:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. REDIMENSIONAMENTO DA FRAÇÃO APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal – *quantum* de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, e requisitos subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. (Súmula n. 7/STJ).

Agravo regimental desprovido” (pág. 58 do documento eletrônico 24).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime aberto, pela prática de tráfico de drogas, por portarem 3 papétes de maconha e 10 de cocaína, conduta tipificada no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

**HC 138828 / MS**

Ao dosar a pena, o magistrado sentenciante aplicou a redutora prevista no § 4º do art. 33 na razão de 3/8 e determinou, ainda, a substituição da pena corporal por 2 restritivas de direitos.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, reduzindo para 1/5 a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), de modo a agravar a pena para 4 anos de reclusão e afastar a substituição por restritivas de direitos.

A defesa recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no recurso especial, por entender que o caso demanda o “reexame do quadro fático-probatório”, aplicando a Súmula 7/STJ.

Contra essa decisão é o presente *habeas corpus*, no qual a defesa sustenta que “nenhuma das circunstâncias judiciais foram reputadas desfavoráveis aos pacientes” e que “a pena aplicada pelo TJMS não é superior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e tampouco consta serem os pacientes reincidentes” (pág. 4 do documento eletrônico 1).

Requer a concessão da ordem para que seja restabelecida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em decisão de 12/12/2016, concedi medida cautelar para suspender a execução da pena até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela confirmação da liminar e concessão do *habeas corpus*.

É o relatório.

30/05/2017

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 138.828 MATO GROSSO DO SUL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, entendo que o caso é de concessão da ordem.

Observo, desde logo, que, nos termos do art. 44 do Código Penal, 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.

Ressalto, ainda, que a Lei de Drogas trazia, em sua redação original, a vedação à conversão da pena corporal por restritiva de direitos. Entretanto, esta Corte, ao julgar o HC 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, considerou tal impedimento inconstitucional, afirmando ser possível a conversão quando o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, *verbis*:

“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.

**HC 138828 / MS**

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 delinquente 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 sequelas. 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,

**HC 138828 / MS**

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 convolação em causa, na concreta situação do paciente”.

Na análise do presente caso, verifico que, tanto a sentença condenatória quanto o acórdão que agravou a reprimenda imposta ao paciente, mantiveram a pena dentro do limite permitido para a substituição da privação à liberdade pela restrição a direitos, qual seja, reclusão não superior a 4 anos.

Ademais, ao fixar a pena, o magistrado de piso reconheceu a primariedade e os bons antecedentes dos dois pacientes, aplicando-lhes, em substituição à privação de liberdade, as seguintes penas restritivas de direitos:

“a) prestação de serviços à comunidade conforme aptidão do apenado limitação de finais de semana pelo tempo da pena

**HC 138828 / MS**

corporal, a servir para a reeducação e retorno regular ao convívio social, a ser cumprida de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46, § 3º do CP), facultado ao réu o cumprimento da pena substitutiva em menor tempo (art. 46, § 4º do CP) a ser fixada pelo juízo da execução penal (REsp n. 87.980 / SP, rel. Min. Flaquer Scartezini, DJ 29.09.97);

b) pagamento de 03 (três) salários mínimos em favor do Conselho da Comunidade de Jardim/MS" (pág. 7 do documento eletrônico 2).

Em contrapartida, o TJMS, ao prover apelação do *Parquet*, manteve a causa de redução pelo tráfico privilegiado, mas reduziu o patamar de 3/8 para 1/5, o que resultou no aumento da pena para 4 anos. Ao alterar a razão do redutor, a Corte estadual consignou que:

"Sobre o pedido de redução do patamar da redutora do tráfico privilegiado previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas fixado na sentença em 3/8 tenho que deve ser procedente, pois o tráfico em tela era perpetrado na modalidade 'boca de fumo', fato que impõe uma maior gravidade à conduta do agente e justifica a redução do patamar fixado pelo tráfico privilegiado de 3/8 para 1/5".

Porém, além de aumentar a pena, o TJMS decidiu afastar a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito, o que implicou o encarceramento dos pacientes.

Contudo, ainda que o patamar de redução da pena tenha sido decotado em 46%, a reprimenda fixada em segunda instância manteve-se dentro do limite permitido para a substituição da privação da liberdade pelas restrições de direito.

É importante destacar, ainda, que a sentença bem salientou que a pena restritiva de direitos é a mais útil "para a reeducação e retorno regular ao convívio social", para que seja "cumprida de modo a não

**HC 138828 / MS**

prejudicar a jornada normal de trabalho”.

Nesse ponto, ressalto que a deterioração dos ambientes carcerários e o mínimo investimento em ações sociais para os que ali se encontram reforçam a incitação à criminalidade nesses espaços, em que direitos são considerados artigos de luxo e regalias.

A expectativa de transformação das pessoas recolhidas aos presídios do país é certa: contudo, para pior, o que, seguramente, se dará em detrimento de todos nós.

A sociedade é a principal vítima dessa desordem institucional que domina as carceragens do Brasil, locais onde se cultua a multiplicação das violações, das ilegalidades e dos abusos. Ninguém se dá conta de que o Estado perde a legitimidade de direito de punir ao patrocinar essas atrocidades. Admitir-se que a superpopulação dos presídios é algo tolerável também não é cômodo.

Aliás, pouco se pensa no custo do preso para o Estado. Levantamentos indicam que os quase 580 mil presos que ocupam os presídios, ao custo médio mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por preso, consomem todos os meses mais de R\$ 1.400.000,00 (um bilhão e quatrocentos mil reais). É um gasto excessivo que pouco colabora para recuperar essas pessoas.

Não há mais como suportar esse modelo de administração de Justiça e de tolerância com condições infra-humanas de acautelamento prisional, sem qualquer comprometimento com a tão esperada ressocialização dos que experimentam o cárcere e sua aspereza.

O fomento e o incentivo à aplicação de penas restritivas de direitos aos condenados, bem como a utilização de medidas cautelares alternativas, tornozeleiras eletrônicas àqueles que ainda respondem à

**HC 138828 / MS**

ação penal e a adoção de formas de mediação confirmam que é possível manter em liberdade pessoas que não representam perigo à sociedade, sem comprometer o ideário da segurança ou agravar o sentimento de impunidade.

Cabe destacar, ainda, o magistério de Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que

“são penas alternativas às privativas de liberdade, expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos. É o que Nilo Batista define como um movimento denominado ‘fuga da pena’, iniciado a partir dos anos 70, quando se verificou, com maior evidência, o fracasso do tradicional sistema punitivo no Brasil (Alternativas à prisão no Brasil, p. 76)<sup>1</sup>”

Cleber Masson também argumenta que “a privação da liberdade, em vez de combater a delinquência, muitas vezes a estimula. Não traz benefícios ao condenado, proporcionando, ao contrário, abertura para vícios e degradações morais<sup>2</sup>”.

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral da República, pela concessão da ordem de *habeas corpus, verbis*:

“Na espécie, a pena final imposta aos réus não ultrapassa 4 anos, o crime imputado não foi praticado com violência ou grave ameaça e a substituição da pena privativa mostra-se adequada ao caso, como salientou o Juízo monocrático, pois são primários, portadores de bons antecedentes e não há

---

1 Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 379.

2 Masson, Cleber. Código Penal Comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, pág. 353.

**HC 138828 / MS**

circunstâncias judiciais desfavoráveis aos agentes. Dessa feita, encontram-se preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para o deferimento do benefício. Não havendo óbice, a pena alternativa é sempre preferível à pena privativa da liberdade, evitando os 'efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. E o fato é que a pena privativa da liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal' (voto Ministro Luiz Fux na Repercussão Geral no ARE 663.261/SP)" (pág. 3 do documento eletrônico 42).

Dessa forma, opto por prestigiar a sentença do magistrado de piso que, ao examinar detidamente todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso, aplicou medidas restritivas de direitos, considerando desnecessária, *in casu*, a pena corporal.

Nesses termos, concedo a ordem.

30/05/2017

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 138.828 MATO GROSSO DO SUL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhor Presidente, eminentes Pares, eminente Ministro Ricardo Lewandowski, principio cumprimentando Sua Excelência o eminente Relator e, desde logo, anoto que vou acompanhar o eminente Relator na concessão da ordem e, também, num conjunto de premissas que o Ministro-Relator acaba de estabelecer. Nada obstante, vou fazer juntar uma declaração de voto e aqui apresentarei apenas alguns dos pontos em relação a um determinado olhar sobre essa circunstância que acolhe um aspecto, o qual já tive oportunidade de trazer aqui ao debate, e, que, num momento oportuno, quiçá possamos verticalizar.

Apenas num trecho dessa declaração, Senhor Presidente, estou a dizer que: Considerado o sistema trifásico de cálculo da pena adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, observo, em meu modo de ver, que o art. 59 do Código Penal dispõe sobre as cognominadas circunstâncias judiciais, as quais são dotadas de caráter residual, pois apenas serão examinados na primeira fase da dosimetria da pena se não constituírem outra circunstância mais específica prevista em lei. Imagina-se, a título de exemplificação, que se uma das circunstâncias judiciais é o motivo do crime, e se esse for fútil, não será considerado nessa fase, mas na fase posterior, como se circunstância agravante genérica, à luz do disposto na alínea "a" do inciso II do art. 61 do Código Penal.

Assim, embora deslocada, a vetorial das circunstâncias do crime, que aponta para a avaliação da causa de diminuição do tráfico minorado, não perde a característica de ser uma circunstância judicial específica daquele tipo penal. Há que se salientar, não fosse a disposição legal justificativa para afastar ou reverberar na intensificação da fração, na terceira fase da dosimetria, a constatação - no caso concreto falava-se em "boca de fumo", que é o elemento concreto - da expressão "boca de fumo", que poderia implicar no agravamento da reprimenda penal, já na primeira fase da

**HC 138828 / MS**

dosimetria, possivelmente como circunstância do crime.

Estou fazendo essa reflexão, embora esteja um pouco *a latere* do voto de Sua Excelência, apenas para dizer que: Se assim o fosse, a avaliação negativa, como circunstância do crime na primeira fase da dosimetria, combinada com justificativa para afastar ou reduzir a fração do redutor do § 4º do art. 33 da chamada Lei de Drogas, a Lei nº 11.343/2006, implicaria, quiçá, em indevido *bis in idem*, à luz da similitude de situação com a jurisprudência que aponta tal ilegalidade também quando a natureza e a quantidade da droga são negativamente consideradas em duas etapas da dosimetria.

Assim, tenho sustentado - é isso que trago ao debate - que, tanto na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, quanto na avaliação sobre a substituição da pena privativa de liberdade, devem refletir as circunstâncias avaliadas ao longo de toda a dosimetria da pena. Ou seja, das três fases, e não apenas na primeira, sob pena, em meu modo de ver, de violação ao princípio da individualização da pena, que aponta que esse exame deve ser global, isto é, nas três fases em que agente e conduta são considerados, e não somente na fixação da pena-base.

Por isso, aqui num primeiro momento, entender-se-ia devidamente justificada a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, neste caso que está aqui em julgamento sobre a mesa, tendo em vista que, pelo menos em tese, estaria devidamente respaldado no inciso III do art. 44 do Código Penal.

Todavia, como já disse no início, vou acompanhar Sua Excelência na concessão da ordem, mas, por este outro fundamento, porque embora justificado - pelo menos em meu ver - o afastamento do benefício de substituição, o próprio Tribunal de Justiça, no seu acórdão condenatório, reconheceu, quando da análise acerca do regime prisional, que não se justifica, no caso concreto, o recrudescimento do regime de cumprimento, já que não são desfavoráveis as circunstâncias do art. 59 e não existe reincidência. Ou seja, o mesmo acórdão, em que pese ora reconhecer a presente circunstância, que poderia justificar o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade, afirma, por outro lado, a

**HC 138828 / MS**

inexistência de circunstância desfavorável a amparar a fixação de regime prisional mais gravoso.

Parece-me, então, que aí há uma contradição. E, diante da contradição, entendo que a argumentação harmônica compatível é aquela que seja mais benéfica ao paciente. Assim sendo, entendo que, uma vez cabalmente reconhecida pela instância ordinária a inexistência de circunstância judicial desfavorável a respaldar regime prisional mais gravoso, tal raciocínio deve ser importado igualmente para possibilitar, como é o caso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Portanto, não obstante com esse olhar, estou indo ao encontro - e não de encontro - da conclusão de Sua Excelência o eminente Relator e votando pela concessão da ordem. No mais, juntarei a declaração de voto.

Acompanho o Relator, Senhor Presidente.

30/05/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.828 MATO GROSSO DO SUL

VOTO-VOGAL

**O Senhor Ministro Edson Fachin:**

Eminente Senhor Presidente, tenho a honra de acompanhar o Relator na concessão das ordem, nos exatos limites como traçados por Vossa Excelência, contudo, por fundamento diverso. Explico.

A jurisprudência desta Corte, no que toca ao tema da dosimetria da pena, é consolidada no sentido de que *o juízo revisional da dosimetria da pena fica circunscrito à motivação (formalmente idônea) de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão* (HC 69.419/MS, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 28.08.1992).

Não bastasse, merece ponderação o fato de que *é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória* (HC 97.256, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01.09.2010).

Diante desse limite cognitivo, a revisão da dosimetria não permite incursão no quadro fático-probatório, tampouco a reconstrução da discricionariedade constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias. Quando o assunto consiste em aplicação da pena, a atividade do Supremo Tribunal Federal, em verdade, circunscreve-se *ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades* (HC 128.446, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15.09.2015).

Feita essa observação, reforço que não cabe a esta Suprema Corte, ainda mais em sede de *habeas corpus*, cujo exame deve se restringir a critérios de legalidade do ato hostilizado, imiscuir-se na seara da justeza ou razoabilidade das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, cuja avaliação deve ser enaltecida já que a elas cabe a análise minuciosa das circunstâncias que envolvem o caso concreto.

Dito isso, observo que o exame acerca da possibilidade de

**HC 138828 / MS**

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se aos critérios estabelecidos no art. 44 do Código Penal, quais sejam, no caso de crime doloso, a pena não pode ser superior a 04 (quatro) anos, o delito não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça, o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, e a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias devem apontar que essa substituição seja suficiente:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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 . (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) (grifei).

Nesse contexto, a decisão ora impugnada ressaltou que a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi devidamente motivada pelo acórdão do TJMS, nos seguintes termos (eDOC 24, fls. 58/64):

(...) Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a col. Corte *a quo* entendeu que os requisitos do art. 44 do Código Penal não restavam preenchidos, conforme se verifica pela leitura do trecho transcrito a seguir:

(...)

**De fato, a presença de circunstâncias judiciais**

HC 138828 / MS

**desfavoráveis, como no caso, impede a concessão da substituição da pena.** (grifei).

Com efeito, ao dar parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, o TJMS, além de ter reduzido a fração da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 de 3/8 para 1/5, decidiu pelo afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com respaldo em **elementos concretos** que foram devidamente avaliados quando da realização da dosimetria da pena. Convém enfatizar o trecho pertinente:

“Sobre o pedido de redução do patamar da redutora do tráfico privilegiado previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas fixado na sentença em 3/8 tenho que deve ser procedente, pois o tráfico em tela era perpetrado na modalidade "boca de fumo", fato que impõe uma maior gravidade à conduta do agente e justifica a redução do patamar lizado pelo tráfico privilegiado de 3/8 para 1/5.

(...) deve ser afastada a substituição da pena, pelo fundamento de que os fatos configuram situação de certa gravidade, já que a "boca de fumo" do apelado funcionava em sua residência, fato que justifica o afastamento da substituição da reprimenda, vez que a inviolabilidade de domicílio constitucionalmente prevista dificulta a constatação deste tipo de crime.” (grifei, eDOC 19, fls. 01/15).

Destarte, entendo, *prima facie*, que a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do caso concreto e da fundamentação despendida pelo TJMS, encontra devida guarida nas **circunstâncias** que foram valoradas negativamente quando da avaliação da fração fixada para o redutor do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Como colacionado acima, o art. 44, III, do CP, estabelece como requisito a ser preenchido que *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as **circunstâncias***

HC 138828 / MS

**indicarem que essa substituição seja suficiente** . Ao preconizar a referida previsão, o legislador determinou que o órgão julgante que realiza a dosimetria da pena atente, ao avaliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e **circunstâncias** do caso, **sem, com isso, implicar que eles devam ser necessariamente sopesados apenas na primeira fase do cálculo da reprimenda penal** .

Em outras palavras, a questão ora posta em debate diz respeito à possibilidade de que aqueles mesmos critérios previstos no art. 44, III, do CP, a depender do tipo penal em análise, possam estar dispostos, e portanto, possam ser negativamente valorados pelo juiz em fase distinta à primeira fase da dosimetria.

Tal ocorre com o caso ora em comento.

O legislador, com o fito de amenizar a gravidade do delito praticado pelo traficante eventual, primário e de bons antecedentes, deslocou a avaliação das circunstâncias de não dedicação à atividades criminosas nem integração em organização criminosa que poderia ser feita de forma genérica na primeira fase para situá-la na terceira fase como requisito para a ponderação acerca da causa de diminuição de pena. Ou seja, tratou o legislador de definir as circunstâncias que apontem para sujeito dedicado à atividades criminosas ou integrante de organização criminosa como uma circunstância judicial **específica** , com seu *locus* na terceira fase, ao invés de genérica na primeira fase.

Sobre o tema, colho escólio de Guilherme de Souza Nucci:

“Denominam-se circunstâncias judiciais as previstas no art. 59 do Código Penal, não possuindo expressa definição legal, surgindo, em última análise, da avaliação do juiz, ao estabelecer a pena-base. **Constituem particularidades envolventes da figura básica de um delito qualquer** , sem que possam ser consideradas integrantes da tipicidade derivada ou circunstâncias legais genéricas de aumento ou diminuição (agravantes/atenuantes), **possuindo caráter nitidamente residual**.” (IN *Individualização da pena* . 7ª ed. rev. atual. e ampl.

HC 138828 / MS

Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 131, grifei).

Considerado o sistema trifásico de cálculo da pena, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, observo que o art. 59 do CP dispõe sobre as cognominadas *circunstâncias judiciais*, as quais são dotadas de caráter **residual**, pois apenas serão examinadas na primeira fase da dosimetria da pena se não constituírem outra circunstância mais específica prevista em lei. Imagine-se, a título de exemplificação, que se uma das circunstâncias judiciais é o motivo do crime e, se este for fútil, não será considerado nessa fase, mas na fase posterior, como circunstância agravante genérica, à luz do disposto no art. 61, II, *a*, do CP.

Destarte, embora deslocada, a vetorial das circunstâncias do crime que apontam para a avaliação da causa de diminuição do tráfico minorado não perde a característica de ser uma circunstância judicial específica daquele tipo penal. Assim, há que se salientar que, não fosse a disposição legal de justificativa para afastar ou reverberar na intensificação da fração na terceira fase da dosimetria, a constatação da boca de fumo poderia implicar no agravamento da reprimenda penal já na primeira fase da dosimetria, possivelmente como *circunstâncias do crime*.

Contudo, se assim o fosse, a avaliação negativa como *circunstâncias do crime* na primeira fase da dosimetria da pena, combinada como justificativa para afastar ou reduzir a fração do redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, implicaria em indevido *bis in idem*, à luz da similitude de situação com a jurisprudência que aponta tal ilegalidade também quando a natureza e a quantidade da droga são negativamente consideradas em duas etapas da dosimetria da pena.

Entendo, respeitadas as posições contrárias, que **tanto a fixação do regime inicial de cumprimento da pena quanto a avaliação sobre a substituição da pena privativa de liberdade devem refletir as circunstâncias avaliadas ao longo de toda a dosimetria da pena, ou seja, das três fases, e não apenas a primeira etapa, sob pena de violação ao princípio da individualização da pena que aponta que esse exame deve ser global, pois é nas três fases que agente e conduta são considerados,**

HC 138828 / MS

**e não somente na fixação da pena-base .**

Feitas essas observações, entendo devidamente justificada a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso em mesa, tendo em vista que devidamente respaldada no art. 44, III, do CP.

Todavia, como me manifestei ao início desse voto, acompanho o eminente Relator na concessão da ordem, pelo fundamento de que, embora reconheça justificado o afastamento do benefício da substituição, o próprio TJMS, em seu acórdão condenatório, reconhece, quando da análise acerca do regime prisional dos ora pacientes, que *não se justifica o recrudescimento do regime de cumprimento, já que não são desfavoráveis circunstâncias do art. 59 e não existe a reincidência* . Ou seja, o mesmo acórdão, em que pese ora reconhecer a presença de circunstância que justifique o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade, afirma, por outro lado, a inexistência de circunstância desfavorável a amparar a fixação de regime prisional mais gravoso.

Portanto, constatada a aparente contradição, faz-se mister extrair do édito condenatório em exame uma argumentação harmônica compatível com entendimento que seja mais benéfico aos pacientes. E, assim sendo, entendo que, uma vez cabalmente reconhecido pela instância ordinária a inexistência de circunstância judicial desfavorável a respaldar regime prisional mais gravoso, tal raciocínio deve ser importado igualmente para possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Posto isso, **ainda que por fundamento diverso, tenho a honra de, acompanhando o eminente Relator, votar pela concessão da ordem.**

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 138.828**

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

**RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

PACTE.(S) : ADELINO AFONSO

PACTE.(S) : CLAUDINEI SORRILHA RIOS

IMPTE.(S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de piso, que decidiu pela substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 30.5.2017.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira  
Secretária