

# CÂMARA MUNICIPAL DO RECIFE

RUA PRINCESA ISABEL, 410 - BOA VISTA-CEP:50.050-450-RECIFE-PERNAMBUCO  
GABINETE DA VEREADORA PRISCILA KRAUSE

## REQUERIMENTO N.º /2010

Requeiro à Mesa, ouvido o Plenário e cumpridas as formalidades regimentais, seja transcrito nos Anais desta Casa, o artigo intitulado “Tráfico de drogas: cabe regime aberto e substituição da pena. Segunda Turma do STF”, de autoria do jurista Luiz Flávio Gomes, publicado em 12 de dezembro de 2009 no Blog do LFG ([www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br)).

### JUSTIFICATIVA

Tenho ouvido diversas histórias de pessoas simples, das mais diversas classes sociais e grau de conhecimento, que por inexperiência “caem” nas garras da astuciosa ação de cooptação do tráfico de drogas.

O Estado precisa entender o sistema e buscar punir não as vítimas, mas o que se locupleta da perniciosa conduta.

O artigo do jurista Luiz Flávio Gomes, traduz ao conhecimento de todos o novo entendimento desta questão e, assim merece o registro e a difusão, por parte dos que receberam a delegação popular.

Eis o artigo:

“Tráfico de drogas: cabe regime aberto e substituição da pena. Segunda Turma do STF

# CÂMARA MUNICIPAL DO RECIFE

RUA PRINCESA ISABEL, 410 - BOA VISTA-CEP:50.050-450-RECIFE-PERNAMBUCO

## GABINETE DA VEREADORA PRISCILA KRAUSE

LUIZ FLÁVIO GOMES ([www.blogdoflg.com.br](http://www.blogdoflg.com.br))

Doutor em Direito penal pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Penal pela USP e Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

**Como citar este artigo:** GOMES, Luiz Flávio. *Tráfico de drogas: cabe regime aberto e substituição da pena. Segunda Turma do STF*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 12 dezembro. 2009.

De acordo com o art. 44 da Lei 11.343/2006, o tráfico de drogas é insuscetível de (a) sursis, (b) graça, indulto ou anistia, (c) liberdade provisória e (d) conversão da pena de prisão em restritiva de direitos. Ao regime inicial de cumprimento da pena o referido artigo nenhuma referência fez.

O STF (Segunda Turma), em 24.11.09, no HC 101.291-SP, decidiu o seguinte: "A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que o tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta — 3 anos —, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)".

Para o STF (Segunda Turma), como se vê, não há impedimento legal para a concessão de regime aberto, desde o início (CP, art. 33, § 2º, "c"). A lei de drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial. Logo, esse assunto sempre foi regido pelas leis dos crimes hediondos. A lei original (8.072/1990) falava em regime integralmente fechado. A lei posterior (Lei 11.464/2007) estabeleceu (para os crimes hediondos e equiparados) o regime inicialmente fechado. Assim está no texto legal. Qualquer que seja o delito de tráfico de entorpecentes, o regime será inicialmente fechado. A decisão da Segunda Turma inova esse assunto, permitindo o regime aberto (desde o início). Não temos (ainda) a motivação do julgado. Talvez tenha se valido o relator do princípio da razoabilidade, para distinguir, dentre os crimes hediondos, os que não são violentos. É possível. A tese, se não verdadeira, é verossímil (defensável).

No que diz respeito à substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, é certo que existe previsão legal da sua impossibilidade (art. 44 citado). Porém, depois do advento da Lei 11.464/2007 essa vedação perdeu sentido, visto que o regime integralmente fechado foi abolido. Desapareceu, com isso, a proibição para a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos. Seria um disparate admitir as substitutivas para crimes hediondos não violentos e afastar o mesmo benefício só para o delito de tráfico de entorpecente. Semelhante conclusão violaria, de modo flagrante, o princípio da igualdade (isonomia). Antes mesmo do advento da Lei 11.343/2006 a jurisprudência (inclusive do STF e do STJ) já admitia a substituição da prisão por restritiva de direitos. Vejamos:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS.**

# CÂMARA MUNICIPAL DO RECIFE

RUA PRINCESA ISABEL, 410 - BOA VISTA-CEP:50.050-450-RECIFE-PERNAMBUCO

## GABINETE DA VEREADORA PRISCILA KRAUSE

**INADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.** 1. *Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.* 2. *Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos reduz-se para menos de 03 anos, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.* 3. *Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes (...)* 5. *Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem que prossiga no exame dos requisitos legais previstos no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, fixando, se for o caso, o percentual de redução (de 1/6 a 2/3), o qual deverá incidir sobre o caput do mesmo artigo, bem assim no que diz respeito à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Habeas Corpus Nº 83.899 - Sp (2007/0124714-0) - Relatora: Ministra Laurita Vaz. Impetrante: Thiago Alonso Giglio – Advogado: Nilton Massih e outro(s) – Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Paciente: Thiago Alonso Giglio – J. 05/08/2008".*

O cabimento (ou não) de substituição da pena de prisão por restritivas, apesar dos avanços jurisprudenciais, continua, na verdade, sendo tema muito polêmico. A divergência começa dentro da própria Segunda Turma do STF (HC-96112):

**"Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos.** *Ante o empate na votação, a Turma deferiu habeas corpus para cassar acórdãos proferidos pelo STJ e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJ/RS, a fim de que este decida quanto à possibilidade, ou não, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, perante as circunstâncias concretas do caso. Na espécie, condenada por infração ao art. 12, caput, da Lei 6.368 /76 pleiteava a mencionada substituição, não obstante a vedação expressa trazida pela Lei 11.343 /2006, que revogara aquela. Ocorre que o juízo de 1º grau, na forma do art. 44, III, do CP, negara tal substituição, amparado na elevada culpabilidade dos crimes de tráfico de entorpecentes e suas gravíssimas conseqüências, sendo mantida a decisão pelo TJ/RS que, por sua vez, em grau de apelação, ativera-se apenas ao óbice da vedação legal, salientando a orientação firmada pelo Supremo no HC 79567/RJ (DJU de 3.3.2000), no sentido de que o disposto no art. 44 do CP é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei 6.368 /76, visto tratar-se de lei especial. O STJ, todavia, na esteira do entendimento do juízo monocrático, ponderara sobre as circunstâncias concretas observadas pela sentença, afastando-se da fundamentação externada pela Corte local".*

"Afirmou-se, inicialmente, que a solução do tema desdobrar-se-ia em dois aspectos: o teórico e o concreto. No tocante à impossibilidade teórica da substituição requerida, registrou-se a jurisprudência do STF no sentido de não haver empecilho à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em crime de tráfico de entorpecentes cometidos antes da vigência da Lei 11.343 /2006, desde que presentes os requisitos do art. 44 do CP. Em seguida, ressaltou-se que a motivação para o indeferimento da não substituição da pena mereceria detida atenção e que os fundamentos adotados pela sentença condenatória não poderiam ser considerados, já que ela fora de todo substituída pelo acórdão proferido em grau de apelação (CPC, art. 512). Este também não poderia subsistir perante a citada jurisprudência do STF, e

# CÂMARA MUNICIPAL DO RECIFE

RUA PRINCESA ISABEL, 410 - BOA VISTA-CEP:50.050-450-RECIFE-PERNAMBUCO

## GABINETE DA VEREADORA PRISCILA KRAUSE

tampouco o acórdão do STJ, tendo em conta a inovação in pejus por ele operada, que o maculara, por isso, de nulidade absoluta. Explicou-se, no ponto, que o acórdão do TJ/RS, " substituindo a sentença nesse tópico e negando provimento à apelação da defesa", baseara-se apenas na impossibilidade legal teórica da substituição pleiteada, sem alusão alguma aos fundamentos factuais de que, posteriormente, se valera o STJ. Destarte, asseverou-se que o STJ não poderia ter considerado os fundamentos adotados pela sentença condenatória, pela razão óbvia de que esta fora de todo substituída pelo acórdão proferido em grau de apelação. Salientou-se, também, ser mais que consolidada a jurisprudência do STF segundo a qual, quando insuficiência, falta ou erronia da fundamentação constitua causa de nulidade da decisão que decreta prisão preventiva, não as podem suprir informações prestadas em habeas corpus, nem acórdão que o denegue, indefira liminar, ou desproveja recurso da defesa. A razão manifesta seria porque, se o pudessem, estaria caracterizado agravamento da situação jurídico-substancial do réu que recorrera ou impetrara habeas corpus, sendo essa a orientação que conviria ao caso, onde a decisão do STJ, para manter o acórdão da apelação, adicionara-lhe fundamento fático desfavorável ao paciente, piorando, nesse sentido, sua situação na causa. Diante disso, concluiu-se que, como não se manifestara o TJ/RS sobre as circunstâncias do caso, restringindo a fundamentação na vedação teórica, que não existe, terá de se pronunciar, perante a nulidade radical do acórdão do STJ, sobre a coexistência, ou não, dos requisitos previstos no art. 44 do CP , sob pena de supressão de instância. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, relatora, e Joaquim Barbosa, que denegavam a ordem sob o fundamento da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, mesmo no período anterior ao advento da Lei 11.343 /2006 (rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, 17.3.2009. (HC-96112)".

Que fiquemos todos diligentes quanto a questão.

Do resultado dê-se ciência ao senhor **Ezenildo Jacinto da Silva**, Rua Domingos Sávio, 113, Ap.403, Edf. Pegasus, Piedade, Jaboatão dos Guararapes - PE, CEP 54420-170, ao senhor **Adelgício Cabral Cunha Cavalcanti**, na Rua da Aurora, 999, Ap.1801, Edf. Montreal, Santo Amaro, Recife – PE, CEP 50040-090, a senhora **Aurely Medeiros da Silva**, na Rua Bernardo Sayão, 170-A, Várzea, Recife – PE, CEP 50741-440, ao senhor **Laércio de Souza Ribeiro Neto**, na Avenida Agamenon Magalhães, 2615, Salas 803 e 808, Boa Vista, Recife – PE, CEP 50050-290, ao senhor **Rodrigo Gonçalves Alexandre**, na Rua Padre Lemos, 723, Ap. 304, Bloco C, Casa Amarela, Recife – PE, CEP 52070-200, a senhora **Rita de Cássia P. dos Anjos** na Rua Desembargador João Batista, 215, Bongí, Recife – PE, CEP 50751-380, ao senhor **Tarcisio Regueira**, na Av. Mário Melo, 165, Ap. 306, Edf. Menote, Santo Amaro, Recife – PE, CEP 50040-010, a senhora **Karina Lira da Silva Pessora**, no Alto Visconde de Garret, 05, Dois Unidos, Recife – PE, CEP 52160-670, a senhora **Silvania Estorlando Pereira da Silva**, na Rua Alto da Bica, 300, Passarinho, Recife – PE, CEP 52390-020, a senhora **Marileide da Silva**, na Rua Estrela dos Sul, 20, Passarinho, Recife – PE, CEP 52160-095, ao senhor **Paulo Roberto Souza Silva**, na Rua Pres.Nilo Peçanha, 731, Ap. 204, Bloco 07, Imbiribeira, Recife – PE, CEP 51160-220, ao senhor **Airton Evangelista Simões**, na Rua Numa Pompilho, 99, Santo Amaro, Recife – PE, CEP 50100-330, ao senhor **Jairo Limeira da Silva**, na Rua Jamaica,

# CÂMARA MUNICIPAL DO RECIFE

---

RUA PRINCESA ISABEL, 410 - BOA VISTA-CEP:50.050-450-RECIFE-PERNAMBUCO

**GABINETE DA VEREADORA PRISCILA KRAUSE**

238, Ap. 101, Imbiribeira, Recife – PE, CEP 51200-070, ao senhor **Gustavo Guaraná Maia**, na Rua Grasele, 308, Ap. 201, Imbiribeira, Recife – PE, CEP 51170-480, ao senhor **Gervásio Xavier de Lima Lacerda**, na Estrada do Arraial, 3455, Ap. 401, Tamarineira, Recife – PE, CEP 52051-380.

Câmara Municipal do Recife, de fevereiro de 2010.

**PRISCILA KRAUSE**  
Vereadora D25 Recife