

13/12/2012

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
663.261 SÃO PAULO**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **GLAUCO DO NASCIMENTO CORNACHIONI**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

ARE 663261 RG / SP

Ministro LUIZ FUX
Relator

13/12/2012

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
663.261 SÃO PAULO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Trata-se de recurso extraordinário com agravo manejado pelo Ministério Público Federal contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, CAPUT § 4º. DA LEI 11.343/06 PENA: 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO (LEI 8.072/90, ART. 2º., § 1º.). POSSIBILIDADE, PORÉM, DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade

ARE 663261 RG / SP

de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis.

2. Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

3. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

4. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

5. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está -

ARE 663261 RG / SP

em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

6. Todavia, a maioria dos integrantes da 5ª. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC.

7. De outro vértice, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

8. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

9. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Nas razões de recurso extraordinário, o Ministério Público Federal aponta ofensa aos artigos 2º, 5º, XLIII, e 52, X, da Constituição Federal. Afirma que o Tribunal de origem conferiu ao condenado pela prática de crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas) tratamento idêntico àqueles encarcerados em virtude do cometimento de infrações penais de menor gravidade. Sustenta, ainda, a plena eficácia da norma, razão pela qual considera indevida a conversão da pena.

Apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, nos termos do artigo 543-A, § 2º, do CPC.

ARE 663261 RG / SP

2. A questão suscitada neste recurso cinge-se à constitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006.

O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, concluiu pela inconstitucionalidade da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do artigo 33, § 4º, bem como da expressão vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006. O precedente restou assim ementado:

EMENTA: 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

ARE 663261 RG / SP

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

ARE 663261 RG / SP

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.

Naquela oportunidade, o Plenário entendeu pela possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, ante a inconstitucionalidade da vedação em abstrato à sua conversão, devendo-se, todavia, perquirir sobre o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, sem que isso implique na imediata soltura do condenado.

Consignou-se que a vedação à conversão, de forma abstrata pelo legislador, colide com o princípio constitucional da individualização da pena e impede que o juiz da execução penal faça a aferição de

ARE 663261 RG / SP

natureza subjetiva.

Vale mencionar que o Senado Federal promulgou a Resolução nº 5 (15/02/2012), determinando a suspensão da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Desta feita, a vexata quaestio transcende os limites subjetivos da causa, porquanto versa sobre o princípio da individualização da pena, e revela-se relevante do ponto de vista social e jurídico.

3. Ex positis, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte quanto à inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, bem como nego provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 03 de setembro de 2012.

Ministro Luiz Fux

Relator

Documento assinado digitalmente

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
663.261 SÃO PAULO**

PRONUNCIAMENTO

**REPERCUSSÃO GERAL –
INADEQUAÇÃO.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 663.261/SP, da relatoria do ministro Luiz Fux, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 17 horas e 25 minutos do dia 23 de novembro de 2012.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 177.626-SP, deferiu parcialmente a ordem e consignou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imposta a condenado pela prática do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, cabeça e § 4º, da Lei nº 11.343/06. Apontou ter o Supremo, no exame do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, da relatoria do ministro Ayres Britto, assentado a inconstitucionalidade dos preceitos do mencionado diploma normativo que vedam a conversão.

Os embargos de declaração interpostos foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público

ARE 663.261 RG / SP

Federal argui ofensa aos artigos 2º, 5º, inciso XLIII, e 52, inciso X, da Carta da República. Sustenta haver o Tribunal de origem conferido ao apenado por crime equiparado a hediondo o mesmo tratamento atribuído aos responsáveis pelo cometimento de infrações penais de menor gravidade. Ressalta a inadequação do referido pronunciamento, porquanto o Diploma Maior prevê disciplina mais severa aos crimes hediondos e equiparados. Alega não poder o aludido precedente do Supremo vincular as demais instâncias, na medida em que teria sido proferido mediante controle difuso, além de consistir em julgado isolado e contrariar a orientação dominante dos tribunais superiores. Sublinha a inexistência de resolução do Senado Federal determinando a suspensão da execução dos dispositivos declarados inconstitucionais.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, mostrando-se relevante do ponto de vista social e jurídico, por versar sobre assunto referente a correta aplicação da reprimenda penal.

O recorrido, em contrarrazões, discorre acerca da ausência de impugnação de todos os fundamentos do ato questionado, bem como da ilegitimidade do Ministério Público para interpor recurso contra decisão concessiva de *habeas corpus*. Diz da ofensa indireta aos preceitos constitucionais aduzidos, da falta de prequestionamento e da inexistência de repercussão geral da matéria. Em relação ao mérito, anota estar o acórdão em consonância com o princípio da individualização da pena.

O extraordinário não foi admitido na origem.

O recorrente interpôs agravo. Defendeu o cabimento do extraordinário e reiterou os argumentos constantes do recurso.

O recorrido, na contraminuta, indica o acerto da decisão atacada.

ARE 663.261 RG / SP

Eis o pronunciamento do ministro Luiz Fux:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Trata-se de recurso extraordinário com agravo manejado pelo Ministério Público Federal contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, CAPUT § 4º. DA LEI 11.343/06 PENA: 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO (LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º). POSSIBILIDADE, PORÉM, DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO

ARE 663.261 RG / SP

RELATOR.

1. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis.

2. Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

3. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

4. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

5. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos

ARE 663.261 RG / SP

graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

6. Todavia, a maioria dos integrantes da 5ª. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC.

7. De outro vértice, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

8. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

9. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Nas razões de recurso extraordinário, o Ministério Público Federal aponta ofensa aos artigos 2º, 5º, XLIII, e 52, X, da Constituição Federal. Afirma que o Tribunal de origem conferiu ao condenado pela prática de crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas) tratamento idêntico àqueles encarcerados em virtude do cometimento de infrações penais de menor gravidade. Sustenta, ainda, a plena eficácia da norma, razão pela qual considera indevida a conversão da pena.

Apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, nos termos do artigo 543-A, § 2º, do CPC.

2. A questão suscitada neste recurso cinge-se à

ARE 663.261 RG / SP

constitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006.

O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, concluiu pela inconstitucionalidade da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do artigo 33, § 4º, bem como da expressão vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006. O precedente restou assim ementado:

EMENTA: *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 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

ARE 663.261 RG / SP

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

ARE 663.261 RG / SP

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 convação em causa, na concreta situação do paciente.

Naquela oportunidade, o Plenário entendeu pela possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, ante a inconstitucionalidade da vedação em abstrato à sua conversão, devendo-se, todavia, perquirir sobre o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, sem que isso implique na imediata soltura do condenado.

Consignou-se que a vedação à conversão, de forma abstrata pelo legislador, colide com o princípio constitucional da individualização da pena e impede que o juiz da execução penal faça a aferição de natureza subjetiva.

ARE 663.261 RG / SP

Vale mencionar que o Senado Federal promulgou a Resolução nº 5 (15/02/2012), determinando a suspensão da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Desta feita, a vexata quaestio transcende os limites subjetivos da causa, porquanto versa sobre o princípio da individualização da pena, e revela-se relevante do ponto de vista social e jurídico.

3. Ex positis, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte quanto à inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, bem como nego provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 03 de setembro de 2012.

Ministro Luiz Fux

Relator

Documento assinado digitalmente

Destaco constar da presente repercussão geral questão relativa à reafirmação da jurisprudência do Supremo, tendo o relator conhecido do agravo e negado provimento ao extraordinário.

2. Vê-se o descabimento do instituto da repercussão geral. Em primeiro lugar, o recurso extraordinário não foi admitido. Em segundo lugar, o agravo protocolado, até aqui, está sem apreciação. Em terceiro lugar, o relator, a um só tempo, submete o caso, sob o ângulo da repercussão geral, ao Plenário dito virtual, e desprovê o extraordinário interposto. Observem a organicidade e a dinâmica do Direito, não bastasse a ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável.

ARE 663.261 RG / SP

3. Manifesto-me pela inadequação do instituto da repercussão geral.
4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.
5. Publiquem.

Brasília – residência –, 30 de novembro de 2012, às 11h50.

Ministro MARCO AURÉLIO