

19/04/2007

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACIENTE(S) : ODETE DUARTE TABOSA OU ODETE DUARTE
TABOSA
IMPETRANTE(S) : WALLACE C. MARTINS DE PAIVA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

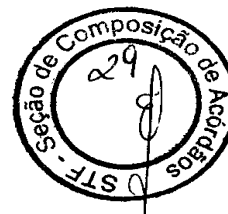
EMENTA: *Habeas Corpus*. 2. Tráfico de Entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de abril de 2007.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR



30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACIENTE(S) : ODETE DUARTE TABOSA OU ODETE DUARTE
TABOSA
IMPETRANTE(S) : WALLACE C. MARTINS DE PAIVA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de Odette Duarte Tabosa contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem requerida, em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO REAL ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE.

1. A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei nº 8.072/90. Precedentes.

2. O apenado deve, na via mandamental, demonstrar de plano, mediante a apresentação de documentos e laudos médicos, que o tratamento de saúde prestado no estabelecimento prisional é ineficiente e inadequado, o que, in casu, não restou comprovado.

3. Ordem denegada." (fl. 25)

Alega-se constrangimento ilegal decorrente da decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, a qual manteve o acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa tem o seguinte teor:

"TRÁFICO. PROVA ROBUSTA. JUÍZO DE CENSURA ESCORREITO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Embora lastimável o fato - mãe idosa que tenta introduzir em dependência policial onde seu filho se encontra preso, indigitado por tráfico de entorpecentes, considerável quantidade de cocaína - não há como se deixar de reconhecer a ocorrência de que cuida o art. 12 da Lei nº 6368/76.

Juízo de censura escoreito, inviabilizada a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.

Apelo desprovido." (fl. 23)

Sustenta-se ausência de fundamentação no acórdão proferido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no que toca ao pleito de substituição da pena.

Informa que a paciente não possui tratamento eficiente e adequado na penitenciária em que se encontra, por ser pessoa idosa - 68 anos - e por ser cardiopata e portadora de hérnia de hiato e diabetes.

Indeferi o pedido de liminar (fls. 60-62).

O parecer do *Parquet* é pela denegação do writ (fls. 64-70).

É o relatório.

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO**V O T O****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (RELATOR) :**

Nos termos do art. 44 do Código Penal, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos é aplicável às condenações não superiores a 4 (quatro) anos de privação da liberdade; em crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa ou, em crimes culposos; e se o réu não for reincidente em crime doloso, e sua culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que essa substituição seja suficiente.

In casu, a paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime prescrito no art. 12 da Lei 6.368/76.

Os juízos das instâncias ordinárias indeferiram o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, sob a alegação de ser incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, conforme o descrito na Lei 8.072/90 (fls. 30-38).

A possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos encontra-se em discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959-SP. Em sessão de 02.12.2004, proferi voto-vista no referido *habeas corpus* pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), com efeito "ex nunc". Ressaltei que essa eficácia "ex nunc" deve ser entendida como

aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Sustentei, ainda, que o modelo adotado na Lei nº 8.072, de 1990, faz tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos, pois não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização. Retira-se qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Parece inequívoco, ainda, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade.

A Primeira Turma deste Tribunal tem concedido medidas cautelares de ofício para permitir ao paciente a progressão de regime até julgamento final da matéria pelo Plenário (HC (QO) nº 84.122-SP, Rel. Marco Aurélio, DJ de 27.08.2004; HC nº 83.988-RS, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 25.06.2004).

Assim, afastada a vedação à progressão de regime, e pelos mesmos fundamentos desses precedentes e do HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 23.02.2006, não vejo óbice à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, nos crimes hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Vale registrar que o Min. César Peluso, em decisão liminar proferida no HC 84.928, entendeu admissível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Destaco a seguinte passagem de seu raciocínio:

"Ademais, a exigência do regime fechado instituída pela Lei nº 8.072/90 diz, é óbvio, com a execução de pena privativa de liberdade que seja imposta, donde, se por boas razões jurídicas não é imposta, mas substituída por pena restritiva de direitos, nenhuma é a pertinência de cogitar do teórico regime fechado de execução como óbice à substituição já operada. Noutras palavras, se já não há pena privativa de liberdade por cumprir, a só

previsão legal de cumprimento dela em regime fechado não pode retroverter para atuar como impedimento teórico de sua substituição por outra modalidade de pena que não comporta a idéia desse regime. De cumprimento em regime fechado só se pode falar quando haja sido eleita e imposta pena privativa de liberdade, cuja decisão é sempre prius lógico-jurídico. A sentença deve decidir, primeiro, se a pena por aplicar é, ou não, privativa de liberdade! E, quando o não seja, pensar-se em regime fechado é de toda a impropriedade, assim para lhe exigir o cumprimento, como para servir de razão impediante da escolha doutra modalidade de pena."

Esta decisão liminar foi confirmada pela Primeira Turma, em decisão que restou assim ementada:

EMENTA: Sentença penal. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis n.ºs 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal do regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (HC 84928-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 11.11.2005.)

Nos termos do art. 59 do Código Penal, o juiz decidirá, dentre as penas cominadas em abstrato ao fato punível, aquela que melhor se ajusta ao caso concreto, observando a culpabilidade e os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, além do comportamento da vítima.

Estabelecida a pena-base aplicável, bem como a sua quantificação (art. 59, I e II, c/c art. 68 do Código Penal), o juiz deve verificar se estão presentes os requisitos do art. 44 do Código

Penal para, determinar, se for o caso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

Dessa forma, na fixação da pena para cada caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito deve preceder à incidência do regime de seu cumprimento, pela razão óbvia de que a fixação do regime prisional é medida que se impõe para a execução da pena, ou seja, em momento posterior à fixação definitiva da mesma. Ora, se, ao final do processo de fixação da pena em concreto, concluir-se pela aplicação da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) ou pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito (art. 44 do Código Penal), não há que falar em regime de sua execução.

Lúcida a observação do Min. Cezar Peluso: "*Para o correto desate da questão, é decisivo ter em conta a substancial diferença entre aplicação da pena e sua execução, momentos distintos e sucessivos, dotados de regras próprias de individualização, enquanto o primeiro concerne ao ato típico, ilícito e culpável, concretamente praticado pelo condenado e, o segundo, ao desenvolvimento da execução da pena já aplicada.*" (HC 84928-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 11.11.2005.)

Anote-se ainda que a Lei nº 9.714/98, a qual ampliou o rol de penas restritivas de direitos, no ordenamento jurídico brasileiro, não contém norma específica que proíba a substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos para os crimes hediondos. A referida lei apenas restringiu a possibilidade de substituição para os crimes que envolvam violência ou grave ameaça à pessoa. Eis o teor da referida legislação:

"Art. 44. 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 culposos;

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."

Por fim, registre-se outro precedente da Primeira Turma, no qual, pela mesma linha de raciocínio, entendeu-se que o fato de se tratar de crime hediondo não impediria a concessão de benefício processual, no caso, a suspensão condicional da pena:

"EMENTA: NORMAS PENAIAS - INTERPRETAÇÕES. As normas penais restritivas de direitos não de ser interpretadas de forma teleológica - de modo a confirmar que as leis são feitas para os homens -, devendo ser afastados enfoques ampliativos. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - CRIME HEDIONDO - COMPATIBILIDADE. A interpretação sistemática dos textos relativos aos crimes hediondos e à suspensão condicional da pena conduz à conclusão sobre a compatibilidade entre ambos."(HC nº 84.414-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.11.2004).

A partir dessas considerações, e em face dos precedentes mencionados, o meu voto é pela **concessão da ordem** para que, afastada a proibição, em tese, de substituição da pena privativa de liberdade pela privada de direito no caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decida fundamentadamente acerca do preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, em concreto, para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACIENTE(S) : ODETTE DUARTE TABOSA OU ODETE DUARTE
TABOSA
IMPETRANTE(S) : WALLACE C. MARTINS DE PAIVA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Ellen Gracie (Presidente) e Gilmar Mendes (Relator).

E X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aí, não há vedação expressa. A jurisprudência era no sentido da impossibilidade da substituição da pena de reclusão, porque se exigia o regime fechado integral que, no entanto, não impede o sursis. E foi um dos argumentos deste caso citado por Vossa Excelência e relatado pelo Ministro Cezar Peluso - HC nº84.928 - em que já há decisão da Primeira Turma.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Mas, Ministro Gilmar Mendes, neste caso, então, Vossa Excelência tem que declarar a inconstitucionalidade.

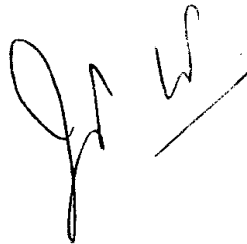


O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, não preciso, porque, na verdade, era um argumento implícito.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não, porque é um argumento de que, sendo imposto o regime fechado integral, seria ele incompatível com a substituição da pena de prisão.

E nós, na Primeira Turma, rompemos com essa interpretação, a partir mesmo de ser inequívoco que cabe o **sursis**, que também não é regime fechado, e de outras considerações trazidas pelo Ministro Cezar Peluso, que a Turma acompanhou neste HC nº84.928, em 27 de setembro de 2005.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É que esse caso já é um pouco antigo, eu não tinha trazido a decisão; mencionava só a liminar.



30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, eu ia mencionar exatamente esse nosso acórdão de 27.09.2005, do Ministro Cesar Peluzo.

Acompanho o Relator.



30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator para manter-me coerente com o voto que proferi, ainda na Primeira Turma, no HC nº 83.627.

Indefiro o pedido.



30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, pela primeira vez enfrento a matéria. E, tal qual o relator, entendo dispensável definir-se a constitucionalidade, ou não, do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no que preceitua:

Art.2º [...]

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Por que assim concluo? Porque a premissa do artigo é a persistência da pena restritiva da liberdade.

Agora, se há campo propício à incidência da norma especial do Código Penal, revelada no artigo 44, quanto à substituição, evidentemente não se pode cogitar desse cumprimento.

Interpreto o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a partir da óptica de que o dispositivo encerra exceção. Encerrando exceção, somente pode merecer definição de alcance na via estrita. É o que nele se contém - a premissa básica é a apenação, considerada a liberdade.

Ora, levando em conta o tipo, o piso previsto para o tipo, o teto previsto para o tipo, três a quinze anos, houve a



HC 85.894 / RJ

apenação de três anos. Abriu-se, a meu ver, campo propício à incidência do artigo 44 do Código Penal.

Acompanho o relator, deferindo a ordem.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Vossa Excelência defere, tendo em vista principalmente a pena não-concretizada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Porque o teto já é previsto no artigo 44.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Tendo em vista que não sobejou a premissa para o cumprimento em regime integralmente fechado ante a incidência do artigo 44 do Código Penal, que entendo compatível com a Lei nº 8.072/90.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O 80.010 foi da Primeira Turma, relator Ministro Octavio Gallotti, no qual fiquei vencido confortavelmente.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso (§ 4º do artigo 96 do RISTF)



30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

VISTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente,
com as vênias dos Colegas, peço vista deste processo.

Já votei na Turma, porém, acho que a matéria comporta
um reexame.

Peço desculpas a todos, mas reestudarei o assunto.

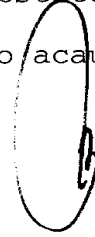


30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidenta, proponho, até mesmo tendo em conta os votos proferidos, que se conceda a liminar. A paciente está presa diante de uma situação em que pelo menos a matéria é ambígua quanto à substituição da pena privativa da liberdade. Por isso, a meu ver, cabe o acautelamento.



30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO**VOTO S/ PROPOSTA**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhora Presidente, adiro. Na verdade, eu imaginava que poderia haver uniformização, porque já era consenso na Segunda Turma e é uma posição que tenho manifestado o de se conferir um pouco um caráter lotérico a essas decisões.

Adiro e concedo a liminar de imediato, como já fizemos também no caso anterior.



30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Senhora Presidente,
como estou em clima de despedida, solicito também antecipar o meu
voto na linha da dissidência inaugurada pelo Ministro Joaquim
Barbosa e também no que toca a preliminar, nos termos do voto do
Ministro Celso de Mello.

Obs.: Texto sem revisão (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

30/11/2005

TRIBUNAL PLENO

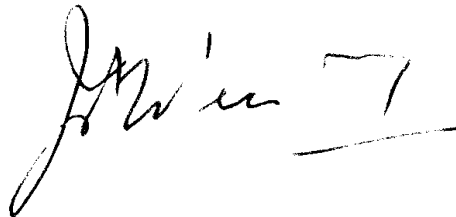
HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

V O T O

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, vencido desde 2000 no HC nº 80.010, reaberto agora o problema, concedo a liminar.

Nc.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 85.894-5**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): ODETE DUARTE TABOSA OU ODETE DUARTE TABOSA

IMPTE.(S): WALLACE C. MARTINS DE PAIVA E OUTRO(A/S)

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

Decisão: Por proposta do eminente Relator, foi afetado ao Pleno o julgamento deste *habeas corpus*. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. **2ª Turma**, 18.10.2005.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), que concedia a ordem de *habeas corpus*, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Velloso e Celso de Mello, indeferindo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Por proposta do Senhor Ministro Marco Aurélio, e acolhida pelo relator, o Tribunal, por maioria, concedeu a liminar para que a paciente aguarde o julgamento em liberdade, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto, Carlos Velloso e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 30.11.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

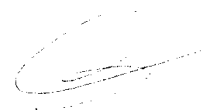

Luiz Tomimatsu
Secretário

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO**V O T O - V I S T A****O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Início por anotar que, no presente writ, cuja relatoria coube ao Min. Gilmar Mendes, o que se busca é substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Isto a propósito da condenação da paciente como incurso no crime de tráfico de entorpecentes.

2. Pois bem, o que se colhe dos autos é que a ré, pessoa idosa — 68 anos —, foi condenada à pena de 3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei n° 6.368/76. Daí o indeferimento do pedido de substituição da reprimenda, nas instâncias ordinárias, ao fundamento de ser ele inaplicável aos crimes hediondos e, no caso, ao crime de tráfico de entorpecentes, tudo conforme a letra e o espírito da Lei n° 8.072/90.

3. Deu-se que, na sessão de 30 de novembro de 2005, após o voto do relator, que deferia a ordem, abriu divergência o Min. Joaquim Barbosa, no que foi acompanhado pelos ministros Carlos Velloso e Celso de Mello. Sendo que os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio acompanharam o relator. Ato contínuo, foi



concedida a liminar para que a paciente aguardasse em liberdade o julgamento de mérito deste *habeas corpus*. Decisão que se tomou por maioria de votos.

4. Naquela oportunidade, consignei que, mesmo havendo coincidência entre o meu voto na 1ª Turma (HC 84.928) e o voto do relator deste processo, a matéria suscitou em mim uma certa inquietação mental. O que me permitiu chegar, por efeito de reexame, à conclusão de que não há óbice à substituição de penas privativas de liberdade por outras restritivas de direitos, nos casos de crimes hediondos e de tráfico de drogas. Isso porque o momento da definição da espécie de pena aplicável é — bem disse o eminente relator — antecedente àquele da estipulação do modo pelo qual se dará o respectivo cumprimento. Leia-se: *"somente após fixada a espécie de pena (se privativa de liberdade ou restritiva de direito) é que se pode cogitar do regime de seu cumprimento. A substituição da pena deve preceder à incidência do regime de seu cumprimento, não havendo que se cogitar da aplicação da Lei n° 8.072/90 como óbice ao pedido de substituição"*.

5. Esse raciocínio homenageia, sobretudo, o princípio da individualização da pena, naquela tessitura que se dá em dois momentos: no momento judicial da fixação e no instante administrativo da execução da reprimenda. Não foi por outro motivo

que acompanhei o Min. Cezar Peluso, no julgamento do HC 84.928. Ocasão em que o Min. Pertence ressaltou a viragem na jurisprudência do Tribunal, já agora na linha do voto que fora vencido no HC 80.010 (Rel. Min. Octavio Gallotti). De se ler:

"Entendo que há, na individualização da pena, momentos distintos: a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, se faz na sentença - é o momento judicial da individualização da pena; outro, inteiramente inconfundível, a meu ver, data vênua, é o problema da progressão, ou não, na execução da pena."

6. Neste rumo de idéias também se posicionam Luiz Regis Prado e Francisco de Assis Toledo, *in verbis*:

"Em se tratando de delito previsto na Lei n° 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), cabe dizer que a exigência constante nesse diploma - a saber, cumprimento integral da pena privativa de liberdade aplicada em regime fechado (art. 2°, § 1°) - não constitui óbice à eventual substituição da pena privativa de liberdade impostas por penas restritivas de direitos. E isso porque a fixação do regime se limita às hipóteses de cumprimento efetivo da pena de prisão, e a substituição desta por penas restritivas de direitos afasta, a princípio, a possibilidade de ter início a execução da pena privativa de liberdade determinada na sentença. Demais disso, deve-se ter presente que a substituição da pena imposta por

pena restritiva de direitos deve atender, concomitantemente, aos requisitos objetivos e subjetivos listados no artigo 44 do Código Penal. E apenas quando preenchidas as exigências legais será possível a substituição. O rótulo do delito como "hediondo" não pode figurar como empecilho à substituição, desde que cabível. Em tese, admitiriam a referida substituição alguns dos delitos elencados na Lei 8.072/90, desde que satisfeitos os requisitos impostos à concessão da medida, visto que não consta da legislação especial - e tampouco do Código Penal - qualquer dispositivo em contrário".¹

7. Acresce que este Plenário já decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (HC 82.959), pelo qual se sustentava a impossibilidade de aplicação do regime de substituição das penas aos delitos hediondos e de tráfico de entorpecentes. Razão por que, mesmo o Min. Joaquim Barbosa, que inaugurou a divergência no presente julgamento, passou a conceder medidas liminares em casos que tais (HC 88.319).

8. Por tudo quanto posto, acompanho o relator para deferir o *habeas corpus*, no reconhecimento de que é juridicamente possível substituir pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, mesmo nos julgamentos de crime de tráfico ilícito de entorpecentes. O que faço com a ressalva de que a

¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3ª ed. rev., atual. e ampl.*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 494/495.

gravidade do crime e a suficiência da pena restritiva de direito não de ser apreciadas em concreto pelo juiz sentenciante.

9. É como voto.

* * * * *

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a horizontal line and a small flourish.

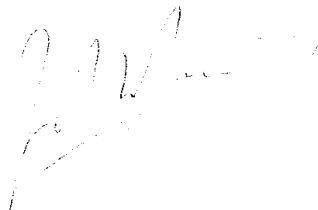
19/04/2007

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIROV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, peço vênias à dissidência para acompanhar o eminente Relator. O caso, hoje, é residual. Pelo que sei, recente lei editada proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade pela restrição de direitos. Mas, na legislação então vigente, que rege o caso, entendo efetivamente que não havia essa vedação.

Defiro a ordem.



Nc.

19/04/2007

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 85.894-5 RIO DE JANEIRO

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente): Peço vênias ao eminente Relator e aos que o acompanharam para, na esteira do voto do Ministro Celso de Mello, especialmente dos precedentes citados por Sua Excelência no seu brilhante voto, indeferir a ordem.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 85.894-5**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): ODETE DUARTE TABOSA OU ODETE DUARTE TABOSA

IMPTE.(S): WALLACE C. MARTINS DE PAIVA E OUTRO(A/S)

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

Decisão: Por proposta do eminente Relator, foi afetado ao Pleno o julgamento deste *habeas corpus*. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 18.10.2005.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), que concedia a ordem de *habeas corpus*, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Velloso e Celso de Mello, indeferindo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Por proposta do Senhor Ministro Marco Aurélio, e acolhida pelo relator, o Tribunal, por maioria, concedeu a liminar para que a paciente aguarde o julgamento em liberdade, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto, Carlos Velloso e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 30.11.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Carlos Britto, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 22.02.2006.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Velloso, Celso de Mello e a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Não participou da votação o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso que proferira voto. Ausentes, justificadamente, nesta sessão, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, que proferiram votos em assentada

anterior, e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário,
19.04.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário