

21/10/2008

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 94.874-0 RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**PACIENTE(S)** : **MARCOS ROBERTO BORBA**  
**IMPETRANTE(S)** : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. CARACTERIZADA, NO CASO, OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

I - Toda a vez que alguém é condenado por crime doloso à pena não superior a quatro anos, o julgador deve manifestar-se, fundamentadamente, se é ou não o caso de substituição da sanção corporal pela restritiva de direitos. Estando presentes os seus pressupostos, a substituição torna-se imperativa.

II - É necessário, pois, que o juízo fundamente a não aplicação do art. 44 do Código Penal, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. Precedente.

III - Ordem concedida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 de outubro de 2008.

**RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR**



21/10/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 94.874-0 RIO GRANDE DO SUL

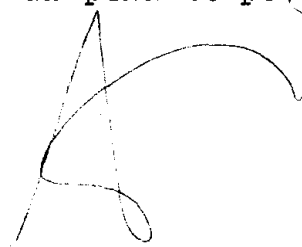
RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
PACIENTE(S) : MARCOS ROBERTO BORBA  
IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de MARCOS ROBERTO BORBA, interposto contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 94.009/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima.

A impetrante narra que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) meses de serviços à comunidade em virtude da prática do delito constante no art. 28, II, §§ 3º e 5º, da Lei 11.343/06 (fl. 3).

Aduz, ainda, que, o Tribunal estadual deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o paciente à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, negando-lhe o direito de substituição da pena corporal



HC 94.874 / RS

pela restritiva de direitos por entender que ele não preencheria os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Diz, mais, que, dessa decisão, impetrou habeas corpus no STJ, o qual denegou a ordem nos seguintes termos (fls. 43-48):

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. A motivação para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade deve estar apoiada em fatos concretos que indiquem a insuficiência da substituição para a reprovação do crime, não sendo suficiente fundamentação genérica.

2. Na hipótese, tendo a Corte estadual motivado satisfatoriamente a negativa de substituição prevista no art. 44 do Código Penal, é vedado ao Superior Tribunal de Justiça a análise de pressupostos legais de caráter subjetivo para a concessão da substituição pleiteada.

3. Ordem denegada".

Sustenta, em síntese, que, "ao contrário do que afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não houve qualquer fundamentação, muito menos satisfatória, que motivasse a negativa de substituição prevista no art. 44 do Código Penal ao paciente" (fl. 4).

Isso porque, a seu ver, "o paciente não registra antecedentes, não há elementos para aferição de sua conduta social



HC 94.874 / RS

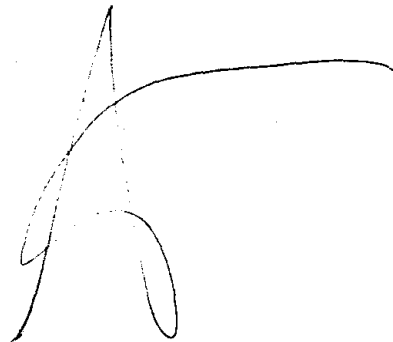
e personalidade, sendo a culpabilidade normal à espécie de crime, tão como as suas conseqüências" (fl. 4).

Requer, ao final, o deferimento da medida liminar, com a concessão definitiva da ordem, para admitir-se a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (fl. 7).

Às fls. 53-54, indeferi a liminar por ausência de seus requisitos autorizadores.

O parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, foi no sentido da denegação da ordem (fls. 105-113).

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right.

21/10/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 94.874-0 RIO GRANDE DO SULV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de concessão da ordem.

Esta a parte do acórdão que interessa ao deslinde do caso (fls. 24-25):

"Passo à fixação da pena.

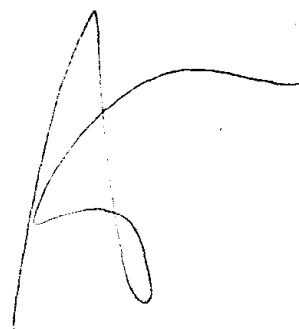
Analiso as operadoras do art. 59 do Código Penal.

A culpabilidade é normal à espécie; não registra antecedentes; conduta social e personalidade sem elementos para aferição. Circunstâncias desabonadas em razão do grande volume de droga apreendida com o acusado. Conseqüências do delito normais ao tipo. Assim, entendendo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, estabeleço a pena-base de Marcos Roberto Borba em 3 anos e 3 meses de reclusão.

Face à inexistência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição a pena definitiva resta fixada em 3 anos e 3 meses de reclusão.

Fixo a pena de multa em 52 dias, à razão unitária de Cr\$ 25,00, corrigidos conforme art. 38 da Lei 6.368/76.

Deixo de aplicar a substituição da pena privativa por restritiva de direito, pois não restou preenchido o art. 44, inc III, do Código Penal, em virtude das circunstâncias do delito que lhes são desfavoráveis".



HC 94.874 / RS

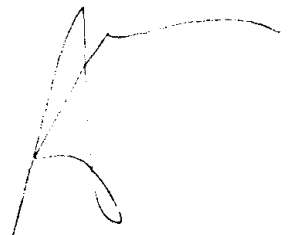
Em que pese ter o Superior Tribunal julgar que se mostra satisfatória a motivação utilizada pela Corte estadual para denegar a substituição da pena, entendo que não lhe assiste razão, *data venia*.

Com efeito, toda a vez que alguém é condenado por crime doloso à pena não superior a quatro anos, o julgador deve manifestar-se, fundamentadamente, se é ou não o caso de substituição da sanção corporal pela restritiva de direitos. Estando presentes os seus pressupostos, ela torna-se imperativa.

No caso o Tribunal de Justiça, ao denegar a substituição, limitou-se a mencionar o artigo 44, III, do Código Penal, sem aludir a qualquer circunstância concreta, o que torna a decisão nula nesse aspecto, não apenas por falta de fundamentação, como também por ofensa ao princípio da individualização da pena.

A propósito, no julgamento o Relator do HC 90.991/RS, o Min. Carlos Britto, analisou situação à presente decidindo no mesmo sentido, conforme se extrai da ementa:

"HABEAS CORPUS. DECRETO CONDENATÓRIO COM TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE DA PENA IMPOSTA. OFENSA À GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA



HC 94.874 / RS

PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

As penas restritivas de direito têm assento constitucional (inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal) e são timbradas pela contraposição aos efeitos certamente traumáticos e estigmatizantes do cárcere.

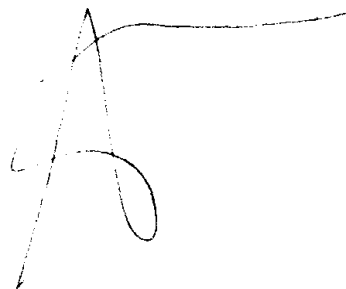
O exame dos requisitos necessários à substituição integra o já tradicional 'sistema trifásico' de aplicação de pena. Donde o magistrado não poder silenciar sobre o artigo 44 do Código Penal (artigo 59 do Código Penal).

Para atender à teleologia da norma, o juiz precisa adentrar no exame das circunstâncias do caso concreto para nelas encontrar os fundamentos da negativa ou da concessão das penas restritivas de direito. No caso, a menção ao artigo 44 do Código Penal não atende às garantias da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais.

Ordem concedida para cassar a pena imposta ao paciente e determinar ao Juízo de primeiro grau que proceda, com base na análise das circunstâncias do caso concreto, o exame de que trata o artigo 44 do Código Penal".

Isso posto, concedo a ordem para cassar a pena imposta ao paciente e determinar ao Tribunal que profira nova decisão, desta feita fundamentada no que tange à possibilidade, ou não, da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

É como voto.



21/10/2008

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 94.874-0 RIO GRANDE DO SUL**

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Eu tenho uma dúvida aqui que é a seguinte: verifico que é o crime de tráfico de drogas. Não é isso? No parecer da Doutora **Cláudia Sampaio Marques**, tem uma afirmação que eu não sei se nós temos condições de superar: ela disse que o paciente era traficante de drogas, foi preso em flagrante e teve a sua liberdade provisória negada, "no momento da sentença, ao ser condenado, sairá em liberdade". E diz que existe uma incompatibilidade entre o artigo 44 do Código Penal com as reservas prescritas na Lei nº 8.072/90.

Há algum precedente nesse sentido da Corte? *aiiii*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - No caso, na decisão proferida, não se fundamentou, apenas se consignou que o caráter subjetivo não estaria a autorizar a substituição.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

A minha preocupação era só essa. *aiiii*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - É apenas isso: para que fundamente, diga por que foi afastado o artigo 44 do Código Penal.



*Supremo Tribunal Federal*

HC 94.874 / RS

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Como não haveria implicação no tocante ao artigo 44, a fundamentação ficaria baldia.

*inib.***O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -**

Mantida a condenação, de três anos e três meses, a pena ficou muito próxima à do piso previsto para o tipo, fato que talvez indique que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Nós estamos então, por essa orientação, recebendo o **habeas corpus** como embargo declaratório, para que seja preenchida a ausência de fundamentação do Tribunal de origem. Esse é que é o objeto.

*inib.***A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -** Haveria uma

omissão.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) -**

Deixei de ler aqui a decisão do Tribunal, que é a seguinte:

*"A culpabilidade é normal à espécie; não registra antecedentes; conduta social e personalidade sem elementos para aferição. Circunstâncias desabonadas em razão do grande volume de droga apreendida com o acusado."*

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -** Na

origem, consignou-se:

Deixo de aplicar a substituição da pena privativa por restritiva de direito, pois não restou preenchido o art. 44, inc. III, do Código Penal, em virtude das circunstâncias do delito que lhes são desfavoráveis.

HC 94.874 / RS

Mas não se apontou qual seria, especificamente, o obstáculo.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) -**

Nada, absolutamente nada, só se limitou a isso.

Reformou a decisão de Primeira Instância, que inclusive o havia sido condenado a dois meses de serviço à comunidade, em virtude da prática do delito do artigo 28, II, §§ 3º e 5º da Lei 11.343.

Houve a reforma da decisão e ele simplesmente não se justificou. Entendo que é um direito, em tese, o acusado...

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Então, Senhor Presidente, só para poder ficar tranqüilo com relação ao meu convencimento. Com essa observação, a idéia que a Doutora **Cláudia Marques** traz, por isso é que perguntei se há precedente, é que nessa circunstância, de fato, não haveria como aplicar o próprio artigo 44, diante da especialidade da Lei nº 8.072/90.

Portanto, essa justificação do Tribunal de origem seria até mesmo insubsistente, porque poder-se-ia, pelo só fato da natureza do tipo criminal, não haver a aplicação do artigo 44.

Então, como não há nenhum precedente na matéria, vou acompanhar o Relator, mas com a observação de que poderá o Tribunal, se for o caso, justificar também a não-aplicação do artigo 44 do Código Penal, considerando essa peculiaridade da legislação especial, como é a Lei nº 8.072/90.

*scilicet*

*Supremo Tribunal Federal*

HC 94.874 / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -  
Baixa para julgar, e não apenas decidir, sob o ângulo do artigo  
44 do Código Penal.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

É isso, exatamente isso.

*sim*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -  
Julgar, substituindo ou não a pena privativa de liberdade.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Poderá até dizer: eu não aplico.

*sim*

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) -**  
Essa é a minha conclusão.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Se é essa a conclusão, estou de acordo, essa que o  
Ministro **Marco Aurélio** falou, porque aí nós ficamos a cavaleiro.

*sim*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -  
Ficamos bem assim? Os colegas estão de acordo?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Porque, então,  
na legislação extravagante, a partir daí o próprio Tribunal  
pode, tal como destacado pelo Presidente, com essas achegas,  
sim.

HC 94.874 / RS

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Pode dizer, como disse o Ministro **Marco Aurélio** e eu falei ao início.

*nuiz:*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -

Viabilizando-se o direito de defesa, uma vez conhecidas as razões de não se substituir.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Pode até vir com esta conclusão de que entende que não se aplica o 44 do Código Penal.

Estou de acordo.

*nuiz:*

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 94.874-0**

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

**RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

PACTE.(S): MARCOS ROBERTO BORBA

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

**Decisão:** A Turma deferiu o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 21.10.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

  
Ricardo Dias Duarte

pi Coordenador