

02/12/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 94.990-8 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACIENTE(S) : **HEBER MARTINS ROSA**
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, II, e § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS LIGADOS À REINCIDÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO NA INSTÂNCIA A *QUO*. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE À DENEGAÇÃO DO BENEFÍCIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - Os juízos de primeiro e segundo graus mantiveram-se silentes quanto ao requisito subjetivo ligado à reincidência genérica para a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos.

II - Embora tenha a falta de prequestionamento do tema levado ao não-conhecimento do recurso especial no STJ, subsiste o constrangimento ilegal contra o paciente.

III - A falta de fundamentação no tocante à denegação do benefício previsto no art. 44 do Código Penal ofende o princípio da individualização da pena. Precedente.

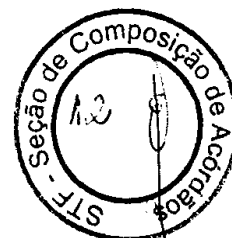
IV - Ordem concedida em parte para que o juiz de primeira instância profira nova decisão quanto à questão.

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, 2 de dezembro de 2008.

RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR



02/12/2008**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 94.990-8 MINAS GERAIS**

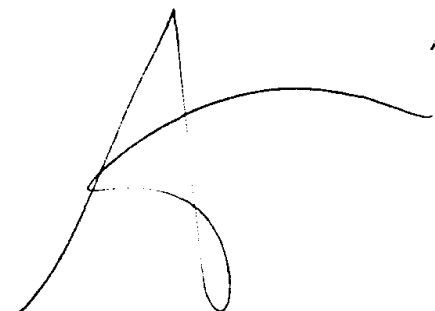
RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACIENTE(S) : **HEBER MARTINS ROSA**
IMPETRANTE(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
COATOR(A/S) (ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de **HEBER MARTINS ROSA**, interposto contra decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 875.879/MG.

A impetrante narra que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, em regime semi-aberto, em virtude da prática do delito constante no art. 289, § 1º, do Código Penal, por ter sido flagrado portando 40 (quarenta) cédulas falsas de R\$ 50,00 (fl. 3).

Diz, ainda, que, antes dessa condenação, o paciente foi apenado pelo crime de tráfico de drogas, previsto na Lei 6.368/76 (fl. 5).



HC 94.990 / MG

Em face dessa condenação, o magistrado de primeiro grau denegou a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos porque entendeu que a condição de reincidente do paciente obstava a concessão desse benefício, nos termos do art. 44, II, do CP.

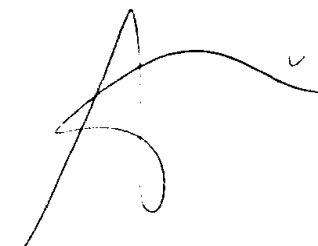
Afirma, mais, que, após ter o Tribunal Regional Federal ratificado a sentença, interpôs recurso especial perante o STJ "para que o regime de cumprimento de pena fosse adequado à realidade do apenado" (fl. 3).

Eis o teor do acórdão atacado:

"A questão debatida no apelo especial gira em torno da possibilidade de o Recorrente vir a ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade. Segundo sustentam as razões do recurso, o acórdão estadual estaria em dissonância com a melhor interpretação do § 3º do art. 44 do Código Penal, bem assim com o entendimento desta Corte em vários precedentes, que asseveram ser ilegítima a proibição pela simples existência da reincidência genérica.

Analisando a controvérsia inicialmente pela indicada dissidência jurisprudencial, verifica-se que o especial ateve-se à transcrição de ementa do julgamento do REsp. n.º728673/RS, sem efetuar o necessário cotejo analítico, identificando as similitudes fáticas e confrontando as diferentes teses jurídicas, de modo que não restou comprovada a alegada divergência jurisprudencial.

Diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único do CPC; c.c. o art. 255 do Regimento Interno do STJ), necessária se faz a



HC 94.990 / MG

comprovação do dissídio através do confronto entre o acórdão recorrido e as decisões divergentes apontadas.

Para tanto, não basta a simples transcrição de ementas ou trechos de acórdão sem a correspondente identificação com os casos confrontados, que devem ser assemelhados. É indispensável, aliás, a demonstração analítica da divergência invocada e a indicação das circunstâncias que identificam como semelhantes os casos confrontados.

Ao contexto, veja-se o seguinte precedente:

'AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

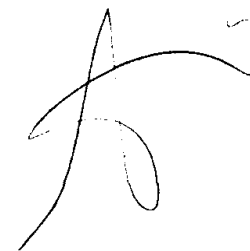
1. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC c/c o art. 255 do RISTJ), de confronto entre o acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados - indispensável inclusive nas hipóteses de divergência notória. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide a censura súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental improvido.' (AgRg nos EDcl no AG 618.949/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 11.04.2005).

No segundo ponto de discussão, aduz o Recorrente violação ao art. 44, § 3º, do CP, já que (fl. 256):

'Desume-se do artigo supracitado que o juiz não tem o poder discricionário de afastar o direito subjetivo do réu, qual seja, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito.

Verifica-se que, no crime em comento, os requisitos do artigo retro-transcrito são observados para aplicação da conversão na pena restritiva de direito.



HC 94.990 / MG

Quanto a fundamentação do acórdão vergastado de ser o recorrente reincidente, não merece prosperar, eis que não houve reincidência do crime descrito no artigo 289 do Código Penal e sim de tráfico de drogas, previsto na Lei 6.368/76, conforme exigência do §3º, artigo 44, do Código Penal.'

Nesse ponto, deve-se esclarecer que o aresto recorrido consignou não haver incorreção da r. sentença, na medida em que os requisitos da substituição da pena não teriam sido satisfeitos.

A propósito, a decisão condenatória assim pontuou a vedação (fl. 158):

'A despeito de a pena imposta não ultrapassar o limite de 04 anos de reclusão, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo certo que a condição de reincidente do Réu obsta a concessão deste benefício legal, nos termos do art. 44, II do CP.'

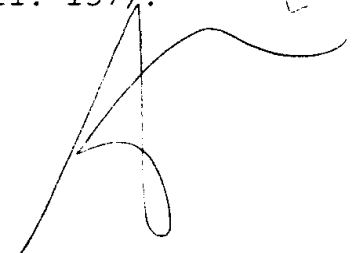
A meu sentir, a questão não ficou bem debatida e, portanto, não cabe na via especial.

Com efeito, ao responder o recurso de apelação no sentido de que o réu não fazia jus à substituição da pena, porque não presentes os requisitos legais, sem fazer expressa menção aos fundamentos da decisão condenatória, noutras palavras, o acórdão vergastado deixou entender que a vedação abarcava outras circunstâncias que não só a reincidência, havendo de destacar que o ponto ora discutido adveio em seqüência da análise do regime fixado, que na mesma linha do art. 44, § 3º, do CP, restou aceito pelas circunstâncias desfavoráveis ao réu.

No caso, então, não ficou bem delimitado se o acórdão entendeu suficiente a justificativa da reincidência ou se, em razão da colação de outros trechos da sentença, se levava em conta, também, as circunstâncias do art. 59 do CP.

É preciso ver que o acórdão recepcionou a sentença igualmente no ponto em que foi delineado um alto grau de culpabilidade do réu, sem que o fenômeno da reincidência tivesse auxiliado tal valoração.

Veja-se o que traz a decisão (fl. 157):



HC 94.990 / MG

'Tenho que a grande quantidade de cédulas encontradas em poder do Acusado, assim como a circunstância de que intermediava a compra e venda de notas falsas, torna especialmente mensurável sua conduta, a qual não pode ser equiparada à de quem, de modo eventual, introduz em circulação uma ou duas cédulas a título de pagamento de pequenas despesas. O anterior envolvimento do Réu com a prática de crimes tipificados na Lei nº 6368/76, em atenção ao princípio que veda o 'bis in idem', há de ser considerado apenas como circunstância agravante.'

Diante de tal dúvida do acórdão, cabia ao Recorrente espancar, através do recurso integrativo, eventual extensão valorativa acerca do que trouxe o aresto: '...o acusado não preenche os requisitos autorizadores da substituição' (fl. 239).

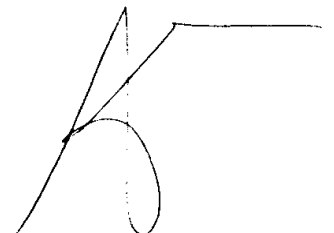
Portanto, o apelo veio marcado pela pecha do não prequestionamento quanto à matéria alusiva à delimitação do entendimento sufragado na instância a quo. Ora, cabia ao recorrente aclarar a dúvida em relação ao sentido empregado, pelo aresto, no tocante aos requisitos da substituição da pena.

Partindo dessa constatação, conquanto se possa dar crédito ao tema da reincidência genérica como fator de não proibição da substituição da pena, não ficou claro no acórdão qual o sentido da negativa, o que evidentemente nos leva a considerar a aplicação dos enunciados 282 e 356 da Suprema Corte, verbis:

'É inadmissível recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.'

'O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.'

Ante o exposto, não conheço do recurso".



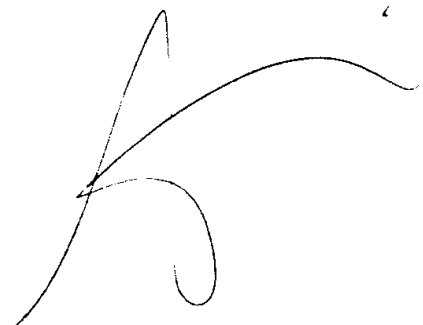
HC 94.990 / MG

Inconformada com o resultado, sustenta a impetrante, em síntese, que "não houve a reincidência do crime previsto no art. 289 do CP, mas sim o de tráfico de drogas, previsto na Lei 6.368/76" (fl. 5). Desse modo, a seu ver, "a própria Lei já ampara a situação do paciente ao afirmar a possibilidade de se substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito caso o réu não seja reincidente específico" (fl. 6).

Requer, ao final, a concessão da ordem "com a conseqüente **desconstituição da decisão colegiada atacada**, para determinar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito" (fl. 7 - grifos no original).

O parecer do Ministério Público Federal, representado pelo Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, foi pelo "deferimento parcial da ordem para que o juiz de primeiro grau profira nova decisão, devidamente fundamentada, sobre a conversão ou não em pena restritiva de direitos" (fl. 61).

É o relatório.



02/12/2008

PRIMEIRA TURMA

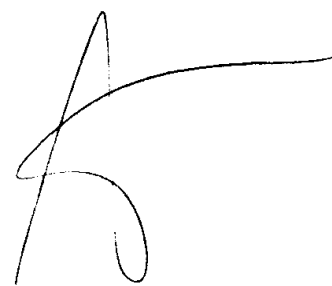
HABEAS CORPUS 94.990-8 MINAS GERAISV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Entendo que é caso de concessão parcial da ordem.

Com efeito, no tocante ao pedido da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o magistrado limitou-se a negá-lo pela simples existência da condição de reincidente, como se vê da sua fundamentação:

"a despeito de a pena imposta não ultrapassar o limite de 04 anos de reclusão, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo certo que a condição de reincidente do Réu obsta a concessão deste benefício legal, nos termos do art. 44, II, do CP" (fl. 41).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua vez, entendeu correta "a não-aplicação do art. 44 do CP, tendo em vista que o acusado não preenche os requisitos autorizadores da substituição" (fl. 52).



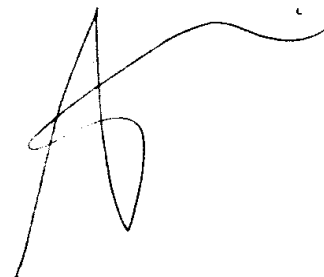
HC 94.990 / MG

O Superior Tribunal de Justiça, como visto, não conheceu do recurso especial ao argumento de que a matéria não havia sido devidamente prequestionada, consignando que "cabia ao recorrente aclarar a dúvida em relação ao sentido empregado, pelo aresto, no tocante aos requisitos da substituição da pena" (fl. 28).

Ora, segundo dispõe o art. 44, § 3º, do Código Penal, "se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime".

Trata-se, não há dúvida, de uma faculdade submetida ao prudente arbítrio do magistrado aplicar ou não a substituição da reprimenda nessas hipóteses, competindo-lhe, porém, decidir sempre de forma fundamentada, qualquer que seja a opção que faça.

Na espécie, os juízos de primeiro e segundo graus mantiveram-se silentes quanto à avaliação de caráter subjetivo a que se refere a lei penal para o efeito de possível substituição da pena, em se tratando de reincidentes genéricos, como é o caso do paciente, limitando-se a mencionar o dado objetivo da rescidiva.



HC 94.990 / MG

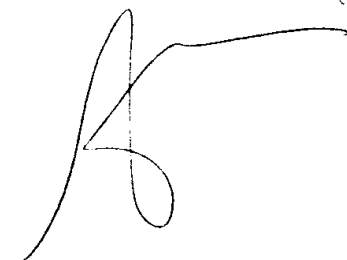
Essa omissão deveria ter sido atacada por meio de embargos declaratórios, de maneira a viabilizar, mediante o prequestionamento do tema, o manejo de recurso especial perante o STJ. Os embargos, contudo, não foram esgrimidos no momento processual apropriado. Daí o acerto da decisão do Tribunal a quo.

Mas, embora hígida a decisão do STJ do ponto de vista técnico-processual, entendo que a sentença condenatória fere direito subjetivo do paciente, isto é, o de conhecer os motivos pelos quais lhe foi denegada a substituição da pena corporal.

De fato, a simples menção à reincidência, sem qualquer pronunciamento quanto aos motivos que levaram à denegação do benefício legal ora pleiteado, ofende o princípio da individualização da pena.

A propósito, no julgamento do HC 90.991/RS, o Min. Carlos Britto, Relator, analisou situação muito semelhante a esse caso concreto e decidiu no mesmo sentido, conforme se extrai da ementa:

"HABEAS CORPUS. DECRETO CONDENATÓRIO COM TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE DA PENA IMPOSTA. OFENSA À



HC 94.990 / MG

GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

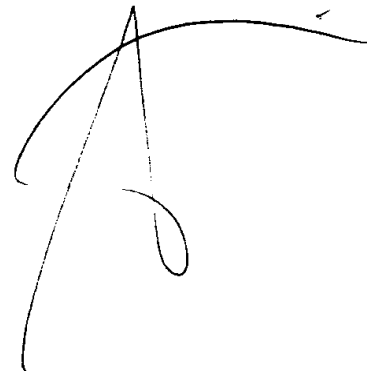
As penas restritivas de direito têm assento constitucional (inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal) e são timbradas pela contraposição aos efeitos certamente traumáticos e estigmatizantes do cárcere.

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 em parte para que o juízo monocrático profira nova decisão, desta feita, fundamentada, no que tange à reincidência genérica do paciente e, conseqüentemente, à eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 94.990-8

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S): HEBER MARTINS ROSA

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. Falou o Dr. Antônio de Maia e Pádua, Defensor Público da União, pelo paciente. 1ª Turma, 02.12.2008.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador