

05/10/2010

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 104.537 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACTE.(S) : CRISTIAN LOPES SOLORIZANO OU HILTON CARIDOMA SOLORIZANO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Recurso em *Habeas Corpus*. 2. Redução da pena, em razão da tentativa, no patamar de ½ (metade). Não pronunciamento da Corte Estadual e do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Impossibilidade de conhecimento. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de outubro de 2010.

Ministro GILMAR MENDES
Presidente e Relator
Documento assinado digitalmente.



05/10/2010

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 104.537 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACTE.(S) : CRISTIAN LOPES SOLORIZANO OU HILTON CARDOMA
SOLORIZANO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto pela Defensoria Pública da União em favor de Cristian Lopes Solorzano, contra acórdão formalizado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* nº 129.392/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi. Eis o teor da ementa desse julgado:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO FIRMADO QUANDO DA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44, INCISO III, DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Nos termos do art. 44, inciso III, do CP, "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: 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."

2. Inviável proceder-se a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, quando o paciente, preso em flagrante pelo crime objeto do presente *writ*, obteve a liberdade provisória e descumpriu os compromissos assumidos quando da sua concessão, "não honrando a confiança nele depositada pelo

RHC 104.537 / RJ

Juízo", demonstrando que, *in casu*, a substituição não seria suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada.

TENTATIVA. QUANTUM DE REDUÇÃO. ITER CRIMINIS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Não se mostra possível, na hipótese, avaliar a adequação do *quantum* de diminuição da reprimenda operado pela causa geral de diminuição prevista no inciso II do art. 14 do CP (tentativa), tendo em vista que a matéria não foi apreciada pela Corte Estadual, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem."

Conforme consta dos autos, o recorrente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art.155, §4º, incisos I e IV, c/c art.14, inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória.

Contra essa decisão a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo a ordem sido denegada, consoante se depreende da ementa transcrita.

Neste recurso em *habeas corpus*, a defesa reforça os fundamentos submetidos a exame do Superior Tribunal de Justiça, para requerer o benefício da substituição da pena, bem como a aplicação do *quantum* de redução da pena, em razão da tentativa, no patamar de ½ (metade).

Contrarrrazões às fls.136/141.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso ordinário em *habeas corpus*.

É o relatório.

05/10/2010

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 104.537 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Consoante relatado, no presente recurso em *habeas corpus* a defesa requer a aplicação do *quantum* de redução da pena, em razão da tentativa, no patamar de ½ (metade), bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em face do não pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça quanto à pretendida aplicação do *quantum* de ½ (metade), em razão da tentativa, assevero que não cabe a esta Corte o exame da questão, sob pena de dupla supressão de instância. Portanto, não conheço da impetração neste ponto.

No que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressalto que, no caso concreto, o recorrente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art.155, §4º, incisos I e IV, c/c art.14, inciso II, ambos do Código Penal.

O Juízo da 32ª Vara Criminal da Comarca da Capital-RJ, ao proferir a sentença condenatória, negou ao recorrente o benefício da substituição da pena nos seguintes termos:

“(...) Deixo de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por não entendê-la suficiente e adequada, em razão do comportamento desleal dos réus para com o Juízo e se suas vidas pregressas. Os acusados foram presos em flagrante. Ao longo do processo, foi concedida a ambos liberdade provisória, revogada, posteriormente, no entanto, por quebra do compromisso de comparecer em juízo.” (fl. 65)

Por sua vez, colho do acórdão impugnado o seguinte excerto:

RHC 104.537 / RJ

“(...)

Relativamente à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, colhe-se do acórdão objurgado o trecho a seguir descrito:

‘Finalmente, no que tange à aplicação do artigo 44 do Código Penal, verifico que a substituição deixou de ser operada na sentença por não entendê-la suficiente e adequada, em razão do comportamento desleal dos réus para com o Juízo e de suas vidas progressas.’

Os elementos apresentados pela douta magistrada sentenciante desautorizam a substituição pela pena restritivas de direitos, já que ‘os réus não honraram a confiança neles depositada pelo Juízo, descumprindo os compromissos de fls. 69 e 72, assumidos quando da concessão da liberdade provisória.’

Dos trechos acima descritos, verifica-se que as instâncias ordinárias negaram ao paciente a substituição da sanção reclusiva por sanções alternativas, com fundamento no art. 44, inciso III, do CP, o qual dispõe que, verbis :

“(...)

Deste dispositivo, infere-se que o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tendo como base as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP. (...)”.

Com efeito, da leitura dos atos judiciais proferidos nas instâncias ordinárias, bem como do acórdão formalizado pelo STJ, verifico que o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi negado sem fundamentação idônea, o que ofende o princípio da individualização da pena. Isso porque, conforme o disposto no art. 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito pressupõe o preenchimento dos requisitos objetivos (incisos I e II) e subjetivos (inciso III), nos seguintes termos:

RHC 104.537 / RJ

"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."

Como se vê, especificamente em relação aos requisitos subjetivos (inciso III), os critérios para a constatação da suficiência da substituição da pena são representados por culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime.

Tais circunstâncias judiciais não foram sopesadas negativamente por ocasião da sentença condenatória. Além disso, constato que: (i) a pena imposta ao recorrente foi inferior a quatro anos; (ii) o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça; (iii) trata-se de recorrente não reincidente.

Diante do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos pelo recorrente, entendo inadequada a fundamentação exposta pelo Juízo da 32ª Vara Criminal da Comarca da Capital-RJ, que deixou de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por "*não entendê-la suficiente e adequada, em razão do comportamento desleal dos réus para com o Juízo e se suas vidas pregressas*". (fl.65).

A propósito, destaco o entendimento desta Corte perfilhado nas seguintes ementas:

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 -

RHC 104.537 / RJ

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. (HC 94874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-02 PP-00230)

HABEAS CORPUS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ARTIGO 5º DA CF/88). ACÓRDÃO QUE REDUZIU A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A imediata fixação de regime prisional aberto esbarra no âmbito de cognição sumária do *habeas corpus*. Verdadeira via de atalho que não se presta para reavaliar as premissas factuais em que se louvou o Juízo processante da causa para a fixação do regime semi-aberto de cumprimento da pena. 2. 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 da pena integra o já tradicional "sistema trifásico" de aplicação da reprimenda (artigo 68 do CP). 3. O magistrado não pode silenciar sobre o artigo 44 do Código Penal (inciso IV do artigo 59 do Código Penal). Para atender à finalidade da norma, o juiz precisa examinar as circunstâncias do caso concreto e nelas encontrar os fundamentos da negativa, ou da concessão da substituição

RHC 104.537 / RJ

da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Exame que nem sequer foi cogitado pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso dos autos, embora expressamente requerido pela defesa; sendo certo que a única circunstância judicial desfavorável ao paciente ("consequências do crime") não figura do rol do inciso III do mesmo artigo 44 do CP. 4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para determinar que o Superior Tribunal de Justiça proceda, com base nas circunstâncias do caso concreto, ao exame de que trata o artigo 44 do Código Penal. (HC 91803, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-03 PP-00581)

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa extensão, dou provimento para que o Juízo de Direito da 32ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro proceda à análise da substituição da pena imposta ao paciente.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 104.537

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACTE.(S) : CRISTIAN LOPES SOLORZANO OU HILTON CARDOMA SOLORZANO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Dado parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 05.10.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador