

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 11.11.2005
EMENTÁRIO Nº 2 2 1 3 - 2

27/09/2005

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.928-8 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACIENTE(S) : **ADAILTON CLAUDINO**
IMPETRANTE(S) : **FÁBIO HENRIQUE BINICHESKI**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 nºs 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2005.



CEZAR PELUSO - RELATOR



27/09/2005

PRIMEIRA TURMA**HABEAS CORPUS 84.928-8 MINAS GERAIS**

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACIENTE(S) : **ADAILTON CLAUDINO**
IMPETRANTE(S) : **FÁBIO HENRIQUE BINICHESKI**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Adailton Claudino, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementada:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. LEI 9.714/98. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela “Lei das Penas Alternativas” (Lei n. 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 8.072 /90 – de cunho especial – impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (par. 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90).

Recurso desprovido”(HC nº 323.485, Rel. Min. **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**, fls. 32).

O ora paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime descrito no art. 12 da Lei nº 6.368/76, à pena de três anos de reclusão e de cinquenta dias-multa. O magistrado de 1º grau entendeu, ainda, presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, com esta fundamentação:



“Atendo ao disposto no art. 44 do Código Penal e estando presentes os requisitos ali escritos para ter o acusado a pena privativa de liberdade substituída, tendo em vista que, no caso em questão, em razão da idade do acusado, a pequena quantidade de droga apreendida, as circunstâncias em que os fatos se deram, bem como em sua peculiar situação pessoal e econômica, creio ser suficiente a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, para a ressocialização do réu, bem como para a retribuição ao delito e, ainda, para sua prevenção.

No que entenda que a pena alternativa à prisão seja, em todos os casos, suficiente resposta do Estado ao delito em questão, que, efetivamente, é repulsivo, mas, analisadas as condições pessoais do acusado, bem como as circunstâncias do crime, muitas vezes a pena de prisão não tem nenhum caráter ressocializador, não passando de mera punição que, ao final, revela-se ineficaz, cruel e injustificada.

Não nego, pois, vigência aos dispositivos da lei n. 8.072, de 1990, mas acredito que as modificações trazidas pela Lei n. 9.714/98, é um avanço, embora tímido, do legislador, na direção a penas mais humanas e de maior eficácia que o puro e simples depósito de presos, no que se transformou o sistema prisional brasileiro, especificamente quando o réu não oferece periculosidade exacerbada, o que vejo no caso em questão” (fls.15).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na cognição de recurso do Ministério Público, reformou a sentença nesse capítulo, determinando o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, sem possibilidade de progressão.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de *writ*, manteve a decisão da Corte estadual, nos termos já sintetizados (v. *supra*).

O impetrante pediu restauração da substituição da pena privativa de liberdade, tal como disposto na sentença, e, ainda, a concessão de liminar, com a expedição de salvo-conduto, ponderando que o paciente tem mais de sessenta e seis anos de idade.

Constando dos autos expedição de mandado de prisão, oriundo do Juízo da Primeira Vara Criminal de Governador Valadares/MG (fls. 27), concedi liminar, determinando a suspensão do mandado de prisão expedido contra o paciente, até o julgamento deste *writ* (fls. 38-41).

Em seu parecer, o Subprocurador-Geral da República **Edson Oliveira de Almeida** revê posicionamento anterior relativo à constitucionalidade do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, e opina pelo deferimento da ordem (fls. 54-60).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Reitero, aqui, os argumentos que fundamentaram a concessão da liminar.

Não desconheço a jurisprudência da Casa, até este momento dominante, no sentido da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso de condenação por crimes hediondos ou a estes equiparados, com base na vedação de progressão de regime na execução da pena de tais delitos (**HC nº 85.906**, Rel. Min. **CARLOS VELLOSO**; **HC nº 85.395**, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**; **HC nº 83627**, Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**; **HC nº 82.914**, Rel. Min. **NELSON JOBIM**; **HC nº 82.158**, Rel. Min. **NELSON JOBIM**; **HC nº 81.259**, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**; **HC nº 81478**, Rel. Min. **NÉRI DA SILVEIRA**; **HC nº 80.207**, Rel. Min. **NELSON JOBIM**; **HC nº 79.567**, Rel. Min. **MAURÍCIO CORRÊA**).

Posto que a Lei nº 8.072/90 preceitue o cumprimento da pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado – em provisão cuja argüição de inconstitucionalidade está, aliás, sendo apreciada pelo Plenário desta Corte (cf. **HC nº 82.959**, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**) –, nada estatui acerca de suspensão condicional ou de substituição da mesma pena.

Por outro lado, a Lei nº 9.714/98, que alterou disposições do Código Penal, ampliando a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, é posterior à Lei nº 8.072/90, mas não hospeda princípio ou norma que obste sua aplicação aos chamados “*crimes*”



hediondos”, senão apenas àqueles cujo cometimento envolva violência ou grave ameaça à pessoa, *verbis*:

“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 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja aplicada, se o crime for culposo;

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.”

Ora, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes não envolve, de regra, o emprego de violência nem de grave ameaça à pessoa, de modo que, coexistentes os demais requisitos legais, não encontro empecilho à aplicação dessa *regra geral* a pena privativa de liberdade, imposta pela prática de tal delito.

A propósito, observa **ALBERTO SILVA FRANCO** que “a nova norma penal, por força do art. 12 do Código Penal, é aplicável a fatos regidos por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. Ora, nem a Lei 6.368/76 nem a Lei 8.072/90, que equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes *hediondos*, vedaram, de forma explícita, a aplicação de penas substitutivas à pena privativa de liberdade. Logo, não há repelir o regramento da Lei 9.714/98 que, por ser norma geral do Código Penal, regula, por falta de disposição em contrário, as leis penais especiais” (*Crimes Hediondos*. 4ª ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 156).

E observa com agudez **PAULO QUEIROZ** ser “*irrelevante, aliás, no particular, o argumento, comumente invocado, de que, conforme a Lei n. 8.072/90, o cumprimento da pena dar-se-á integralmente em regime fechado, mesmo porque na hipótese se discute questão distinta e prévia à execução da pena, a sua aplicação, mais exatamente, a possibilidade de substituição por pena não privativa de liberdade*” (*Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 363. No mesmo sentido, **GUILHERME SOUZA NUCCI**. *Código Penal Comentado*. 4. ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 202, e **LUIZ RÉGIS PRADO**. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 192/193).

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.

A exigência do regime fechado, instituída pela Lei nº 8.072/90, diz, é óbvio, com o segundo destes momentos, 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 integral em regime fechado só se pode falar quando haja execução da 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 cumprimento integral 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.

É esta, aliás, linha de argumentação já adotada por esta Corte, em dois precedentes que guardam manifestíssimo nexos com a hipótese. O primeiro, da lavra do Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, Relator do **HC nº 70.998**, em cujo julgamento se decidiu :

“Concedido o **sursis**, porque atendidos os seus pressupostos, a medida substitui a execução da pena, que suspende condicionalmente. Logo, seja qual for o regime em que devesse a pena ser cumprida, não há falar que a sua suspensão é incompatível com o regime estabelecido para a execução suspensa”.

E o segundo, na decisão unânime do **HC nº 84.414** (1ª Turma, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**, j. 14/09/2004), em que a mesma postura foi observada, decidindo-se que a previsão normativa do regime fechado para a execução de pena privativa de liberdade não lhe impede, por si só, a suspensão condicional, *verbis*:

“NORMAS PENAIS - 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” (DJ 26/11/04, p. 26).

Por tais razões, defiro a ordem, para cassar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, restabelecendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma da sentença condenatória de primeiro grau.

É como voto.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

27/09/2005

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.928-8 MINAS GERAIS

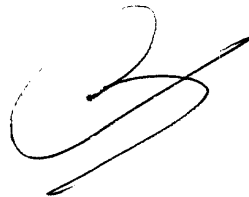
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.928

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, penso que o voto do Ministro Cezar Peluso homenageia sobretudo o princípio da individualização da pena, naquela compostura que se dá em dois momentos: na cominação e na execução da pena.

Antecipando até o voto do Ministro Eros Grau, com a devida vênia, acompanho o voto do Relator.



Supremo Tribunal Federal

27/09/2005

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.928-8 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - É uma viragem na jurisprudência do Tribunal. Manifestei-me no sentido do voto do Relator, por exemplo, no HC 80.010, 25.04.2000, relator Ministro Octavio Gallotti; da Segunda Turma, refiro o HC 79.597, relator Maurício Corrêa (DJ-13.03.2000), HC 80.207, Ministro Nelson Jobim (Informativo/STF/200); e, ainda da Primeira Turma, na sua composição anterior, o HC 83.267, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 25.11.2003.

No entanto, já que os eminentes Colegas se põem de acordo, ratifico a minha posição primitiva para acompanhar o eminente Relator, atento, evidentemente, a que a gravidade do crime e as suficiências da pena restritiva de direito hão de ser analisadas caso a caso. E, na espécie, o juiz motivou adequadamente a substituição.

Por isso, acompanho a Turma e defiro a ordem.

Nc.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 84.928-8

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S): ADAURILIO CLAUDINO


IMPTE.(S): FÁBIO HENRIQUE BINICHESKI

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, 27.09.2005.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador