



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.242 - RS (2008/0256004-5)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAFAEL ROZA ARAÚJO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12 DA LEI 6.368/76). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NEGATIVA VÁLIDA.

1. Presente circunstância judicial negativa, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. *In casu*, a pena do tráfico de drogas foi incrementada em um ano porquanto a prática malsã ter se dado em local de grande circulação de pessoas. Daí, a teor do art. 44, III, do Código Penal, há embasamento fático para o indeferimento da substituição.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 31 de maio de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.242 - RS (2008/0256004-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAFAEL ROZA ARAÚJO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL ROZA ARAUJO, apontando como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal nº 70006133128).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do delito tipificado no art. 16 da Lei nº 6.368/76, substituída a privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* deu provimento, para condenar o paciente como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 70 (setenta) dias-multa, no menor valor do art. 38, § 1º, da mencionada Lei.

Insurgindo-se contra o mencionado acórdão, foi impetrado prévio *writ* nesta Corte (HC nº 98.266/RS), cuja ordem foi concedida, nos seguintes termos:

Conforme tem entendido nesta Corte, é possível a substituição da pena mesmo em se tratando de crime hediondo, como é possível constatar a partir da leitura dos seguintes julgados:

(...)

Relativamente ao crime de tráfico, em se tratando de condenação proferida antes do advento da nova Lei de Tóxicos, em que a substituição vem expressamente vedada, igualmente se mostra possível a substituição, não podendo, portanto, retroagir alcançando os casos anteriores, já que mais gravosa nesse ponto.

Trata-se, aliás, de matéria já pacificada no âmbito deste Corte, sendo inclusive julgada monocraticamente, conforme exemplificam as seguintes decisões entre tantas outras:

(...)

Assim, tendo sido condenado o paciente em sede de recurso e ainda sob a égide da Lei 6.368/76, a decisão deve, *in casu*, pautar-se pela disciplina anterior, não havendo qualquer óbice à substituição em face de eventual prática de crime equiparado a hediondo.

Mesmo sendo esta a posição a ser tomada, no entanto, no caso dos autos não se pode conferir o direito à substituição *in concreto*, porque o Tribunal *a quo* impediu o benefício apenas pelo norte da figuração de tráfico de drogas, sem analisar a pretensão frente aos requisitos do art. 44



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CP, lembrando que a pena-base veio a ser fixada um pouco acima do mínimo, o que sobrelevar considerar outra análise por parte do colegiado.

(...)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º do Código de Processo Penal, **concedo a ordem**, para afastar a proibição de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito tão-somente porque tráfico de drogas, cabendo ao Tribunal *a quo* analisar a substituição frente aos parâmetros do art. 44 do CP. Em consequência, resta obstado o cumprimento da pena até o novo julgamento, devendo o réu ser posto em liberdade caso já tenha sido encarcerado.

Em razão desta decisão, a Corte estadual assim se manifestou (fl. 36):

Em virtude da decisão do Superior Tribunal de Justiça, complemento a fundamentação do voto já exarado no julgamento da apelação do Ministério Público, que não é de ser alterada.

O acusado foi preso em flagrante explorando o vício alheio com a venda de drogas ilícitas a céu aberto, em pleno entardecer, num dos cartões postais e mais movimentados pontos de lazer da capital gaúcha, expondo à sua repugnante conduta não só os usuários que o procuravam, mas todas as pessoas que, sabidamente, freqüentam o local em um final de tarde, inclusive crianças.

Tal contexto demonstra o destacado desrespeito do acusado com a saúde pública e o bem-estar alheio, diante das circunstâncias extremamente gravosas em que o crime foi cometido, pelo que entendo que a substituição da pena carcerária por restritivas de direito seria não só insuficiente como inócua para a reprovação do grave crime cometido, estando desatendido, portanto, o requisito do art. 44, III, do Código Penal.

Por tais motivos, mantenho na íntegra a decisão proferida no julgamento da apelação, notadamente a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada, cujo reexame foi determinado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois desatendido o requisito do art. 44, III, do Código Penal.

Consta, ainda, do primeiro acórdão proferido o seguinte trecho, relativo à dosimetria da pena do paciente:

As circunstâncias desfavorecem, tendo o crime sido praticado num final de tarde, a céu aberto, em lugar de lazer e, por isso, de grande circulação de pessoas (fl. 22).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora é ilegal, uma vez que indevidamente fundamentada.

Sustenta que "a decisão impugnada fere direito do réu em ter substituída a pena privativa por restritiva de direito, pois na análise do requisito previsto no inciso III, do artigo 44, do Código Penal, perfeitamente preenchido o ali exigido, mercê de o réu não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ostentar antecedentes criminais (...), o grau de reprovabilidade social é o comum para a espécie de delito, havendo, ainda, laudo psiquiátrico que não indica elementos desfavoráveis a sua personalidade, a não ser sua dependência química, por ora, em tratamento médico" (fls. 4/5).

Requer, liminarmente e no mérito, seja cassada a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, concedendo-se, ao paciente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida, fls. 41-43.

As informações foram prestadas às fls. 48-63, 80-98 e 105.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 65-68, da lavra do Subprocurador-Geral da República Carlos E. de O. Vasconcelos, opinando pela concessão em parte da ordem, apenas para que o Tribunal *a quo* aprecie, mais uma vez e fundamentadamente, a possibilidade de substituição de pena, nos termos do art. 44 do CP.

Segundo as últimas informações, o paciente obteve a progressão ao regime semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.242 - RS (2008/0256004-5)

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12 DA LEI 6.368/76). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NEGATIVA VÁLIDA.

1. Presente circunstância judicial negativa, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. *In casu*, a pena do tráfico de drogas foi incrementada em um ano porquanto a prática malsã ter se dado em local de grande circulação de pessoas. Daí, a teor do art. 44, III, do Código Penal, há embasamento fático para o indeferimento da substituição.

2. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto da impetração cinge-se à aferição do acerto do aresto guerreado, que negou ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Da análise conjugada dos dois arestos, do primeiro e do segundo julgamentos da apelação, extrai-se que a pena base foi incrementada em um ano, em razão de ter o paciente perpetrado o crime em comento durante o dia, em local de grande movimentação de pessoas (fls. 22 e 36).

Cumpre assinalar que diante da existência de circunstância judicial negativa, não há irregularidade na vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor da regra de regência da matéria, presente no Código Penal:

Art. 44. 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.
(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998, destaquei)

Confira-se, a propósito os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA DE VEÍCULO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o semi-aberto, foram devidamente justificadas pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Com efeito, a particularidade de se tratar de receptação de veículo, que pressupõe crime anterior grave, além de ter ficado comprovado que o paciente era o dono da oficina especializada em desmanche de veículos, fazendo dessa atividade o seu meio de vida, como bem acentuou o acórdão impugnado, torna especialmente grave a conduta, que, por isso, merece maior reprovação. Importante ressaltar que a elevação ocorreu de forma moderada e proporcional, apenas em 6 meses acima do mínimo previsto na norma penal de regência (3 anos).

3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem decidido esta Corte.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, quando não atendidos os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial."

(HC 91.822/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 09/12/2008)

"HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CERTIDÕES QUE COMPROVEM A ALEGADA PRIMARIEDADE DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A sanção imposta ao paciente revela-se razoável, visto que a pena-base foi estabelecida um pouco acima do mínimo legal (três meses) em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, vale dizer, a presença de antecedentes negativos, sendo fixada nos termos do art. 59, c/c o art. 68, ambos do Código Penal.

2. A folha de antecedentes criminais, juntada pela própria impetrante às fls. 14/17, que corresponde às de fls. 58/61 dos autos principais, não se mostra suficiente para comprovar a alegada primariedade do paciente, visto que a sentença condenatória se reporta a outras certidões negativas, que não foram acostadas ao presente feito.

3. Dessarte, as aludidas certidões mostram-se imprescindíveis à avaliação de quais processos foram levados em consideração para o reconhecimento dos maus antecedentes.

4. De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No que diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deve ser mantido o entendimento da instâncias ordinárias, pela inadmissibilidade da incidência do referido benefício, porquanto não satisfeitos os requisitos contidos no art. 44, III, do Código Penal, pois os antecedentes criminais apontados não indicam que tal benesse seja suficiente para a prevenção e repressão do crime pelo qual o paciente foi condenado.

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 117.812/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 01/06/2009)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUFICIÊNCIA. INCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

2. De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90.

3. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o sursis.

4. A substituição da pena privativa de liberdade pela sanção restritiva de direitos, prevista no artigo 44 do Código Penal, enquanto resposta penal em natureza, está subordinada, inarredavelmente, ao princípio da suficiência.

5. Concluindo a Corte Estadual pela necessidade do réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, à luz de motivação excludente, em natureza, das condições da pena restritiva de direito, também recusa a substituição da pena privativa de liberdade, por necessária consequência, ante sua insuficiência.

6. Ordem denegada."

(HC 76.290/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJe 22/09/2008)

Desta forma, verifica-se que o aresto atacado não se mostra eivado de ilegalidade.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0256004-5

HC 121.242 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10693856712721 1622002 70006133128

EM MESA

JULGADO: 31/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAFAEL ROZA ARAÚJO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.