



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.663 - RR (2010/0189336-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : SUELY ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : ALUÍSIO AMILCAR SAYOL DE SÁ PEIXOTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76.

2. As vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n. 11.343/06 não são aplicáveis aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecente praticado na entrada em vigor da antiga Lei de Tóxicos.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVOS. PREENCHIMENTO. PERMUTA SUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA. SUBSTITUIÇÃO DEVIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Constatado que o paciente preenche os requisitos objetivo e subjetivos para o deferimento da permuta, e mostrando-se inidôneos os argumentos utilizados para a consideração negativa das circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legalmente previsto, devida a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, já que a medida é suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada.

2. *Habeas corpus* concedido para substituir a sanção privativa de liberdade imposta ao paciente por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, por igual período, a primeira em data, local e hora a serem definidos pelo Juízo da Execução, mantidos, no mais, a sentença e o aresto combatidos.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.663 - RR (2010/0189336-5)

IMPETRANTE : SUELY ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : ALUÍSIO AMILCAR SAYOL DE SÁ PEIXOTO (PRESO)

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ALUÍSIO AMILCAR SAYOL DE SÁ PEIXOTO contra acórdão da Câmara Única do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 65618-0, interposta pela defesa, para reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 3 (três) anos de reclusão e fixar o regime inicial fechado, mantendo, no mais, a sentença que o condenou pela prática dos delitos previstos nos arts. 12 e 18, III, da Lei n.º 6.368/76.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a Corte local teria negado a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos sob o fundamento de que o Juízo Singular teria indeferido o benefício justificadamente, o que aduz não ter ocorrido na espécie, porquanto não teria o Magistrado analisado corretamente a presença dos requisitos constantes do art. 44 do Código Penal.

Alega que tendo sido o delito praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76 e, não havendo à época, previsão legislativa que proibisse a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, faria jus o paciente à concessão de referida benesse, ante o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva previstos no art. 44 do Código Penal.

Defende que diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, não haveria qualquer óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não podendo ser aplicado à espécie a Lei n.º 11.343/06, sob pena de violar o princípio da irretroatividade da lei penal mais maléfica.

Observa que a personalidade e conduta social não poderiam ser valoradas negativamente com os argumentos utilizados pelo sentenciante, uma vez que inerentes ao próprio tipo penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requeru a concessão sumária da ordem, para que fosse substituída a reprimenda reclusiva por restritiva de direitos. No mérito, pugna pela confirmação do pleito liminar.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.663 - RR (2010/0189336-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à reprimenda de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12, *caput*, c/c 18, inciso III, ambos da Lei n.º 6.368/76, narrados nos seguintes termos na peça incoativa:

Compulsando os autos do presente procedimento inquisitorial, verifica-se que no dia 23 de setembro de 2004, no período matutino, na residência do primeiro denunciado João, foram apreendidos 71 (setenta e um) recipientes contendo cloreto de etila, que João e Aluísio mantinham em depósito sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar. (fls. 46)

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para alterar o regime de cumprimento de pena para o inicialmente fechado e extinguir a punibilidade do paciente em relação à causa de aumento de pena prevista no revogado inciso III do art. 18 da Lei n.º 6368/76, reduzindo a sua reprimenda, que findou definitiva em 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, mantidos, no mais, os termos do édito condenatório.

Preliminarmente, verifica-se que a defesa impetrou o presente *habeas corpus* originariamente no Tribunal apontado como coator (HC n.º 0000.10.000816-8), alegando que o juízo singular não havia se posicionado acerca da pretendida substituição da pena e, ao analisar o *writ*, a Corte local decidiu declinar a competência e determinar o envio do *mandamus* a este Sodalício, com fulcro no art. 105, inciso I, da Carta Política de 1988, haja vista o enfrentamento da matéria em sede de recurso de apelação ajuizado pela defesa, assim justificando:

Ocorre que, ao contrário do que alega a impetrante, este Tribunal, ao proferir o acórdão, analisou, ainda que de forma sucinta, os requisitos do art. 44 do CP e, expressamente, afastou a possibilidade da substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade pela restritiva de direitos, porquanto os motivos e as circunstâncias do delito, descritos na sentença, indicavam que a substituição não era suficiente, [...].

Diante disso, não se pode perder de perspectiva que o julgamento proferido por esta Corte, em sede de apelação, substitui a sentença recorrida, sendo incabível à impetrante insurgir-se contra a decisão de primeiro grau, alegando sua eventual omissão.

[...]

Nesse contexto, a autoridade coatora passou a ser o próprio Tribunal de Justiça, o que o torna incompetente para o conhecimento da presente impetração. (fls. 149-151)

Ao proceder ao exame da viabilidade da substituição de pena do paciente quando do julgamento do apelo defensivo, o Tribunal *a quo* sanou o alegado lapso do magistrado singular acerca da análise da possibilidade de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, sendo certo que o posicionamento da Corte impetrada por ocasião do julgamento da apelação, cujo acórdão instrui a inicial, transmuda-se em ato coator, possibilitando o conhecimento do presente *mandamus* por este Sodalício.

Esclarecidos esses pontos, no mérito, no que se refere à substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por restritivas de direitos, observa-se que a Corte impetrada entendeu ser inviável a permuta pelos motivos a seguir expostos:

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, algumas observações se fazem necessárias.

Embora se pudesse cogitar do benefício, jamais se prescindiu, para sua concessão, da satisfação dos requisitos legal estabelecidos no art. 44 do Código Penal, [...].

No caso alçado a debate, consta expressamente da sentença que a culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito indicam que a substituição não é suficiente, justificando-se o seu indeferimento. (fls. 121 e 122)

É de se ressaltar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do STF no sentido da possibilidade de progressão de regime nos delitos hediondos ou equiparados, tem orientado que *"não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal" (HC n. 88567/BA, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. em 8-11-2007).

Com efeito, este Superior Tribunal, ao tratar da matéria, vem destacando a possibilidade da permuta nos delitos cometidos na vigência da Lei n.º 6.368/76, após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, e tendo em conta ainda a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/07, que legalizou a possibilidade de progressão, pelo que não mais subsistiria o fundamento para impedir a substituição, quando atendidos os requisitos do art. 44 e seus incisos do Código Penal, a saber: a) pena não superior a 4 anos; b) crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso; d) e as circunstâncias do art. 59 tiverem sido consideradas favoráveis.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta colenda Turma:

[...]

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, resta afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis à ré, estando a pena-base fixada no mínimo legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

4. Sendo a condenada por crime perpetrado sem violência ou grave ameaça, reconhecidamente primária e de bons antecedentes, faz jus à substituição da pena corporal. Não exsurge como fundamento idôneo para negar ao condenado a aplicação de pena alternativa a impressão pessoal dos julgadores acerca da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

5. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, a quem caberá, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento da substituição das penas, nos exatos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44 do Código Penal (HC n. 92.689/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 27-3-2008).

Merece destaque que sequer as vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 são óbice para a análise da substituição pretendida, visto que, por serem mais gravosas, não se aplicam aos delitos cometidos anteriormente à sua vigência, sob pena de ofensa ao princípio da retroatividade, constitucionalmente albergado.

Nesse diapasão, tem-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF [...] CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

2. Com a edição da nova lei de tóxicos, vedou-se, expressamente, a concessão da substituição da pena no tráfico ilícito de entorpecentes (art. 44, da Lei nº 11.343/06). Tal vedação, por ser prejudicial ao réu, não pode retroagir, de modo que na época da condenação não havia qualquer empecilho legal quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado. [...].

5. Ordem concedida para, concedendo ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo e a sentença condenatória na parte relativa à imposição do regime integralmente fechado, determinando-se, ainda, que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos [...] (HC n. 65.996/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, j. em 27-2-2007)

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pelo paciente, das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que a substituição foi negada com base na consideração negativa pelo sentenciante acerca das circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social e personalidade do paciente, e também dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivos, circunstâncias e consequências do crime (fls. 87-88).

Contudo, como bem observado no aresto objurgado, embora consideradas desfavoráveis tais circunstâncias judiciais, a pena do corréu foi fixada no mínimo legalmente previsto, o que levou o colegiado a reduzir a sanção do paciente ao mesmo *quantum*, por força do previsto no art. 580 do CPP (fls. 125-126).

Assim, embora tidas como desfavoráveis, autorizaram a imposição da reprimenda no mínimo legalmente previsto, até porque, como se constata da leitura da sentença, muitas delas foram baseadas em elementares do tipo, como as referentes à culpabilidade, aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, sendo que as demais também estão fundadas em argumentos inidôneos.

Com efeito, a culpabilidade foi tida como desfavorável em razão da "*consciência da ilicitude do fato*" do agente (fls. 87), argumento que não se mostra viável para justificar a conclusão pela negatividade dessa circunstância judicial, pois levou-se em conta a culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, sem a qual o delito não se tipifica, ou seja, considerou-se aquela própria do tipo.

A conduta social e personalidade do agente, por outro lado, foram apontadas como negativas por entender o Juízo singular que a primeira "*não condiz com a conduta desejada, mediante a perpetração de ilícito equiparado a hediondo*" (fls. 88), e a segunda porque "*denotou predisposição ao envolvimento em ilícito relativo à comercialização da droga*" (fls. 88), fundamentos igualmente ilegais para autorizar a conclusão pela desfavorabilidade dessas circunstâncias judiciais, pois considerados com base na própria violação do tipo penal.

Os motivos, circunstâncias e consequências foram tidos como negativos porque visava o agente o lucro fácil (motivos), em razão do malefício causado pela conduta criminosa (circunstâncias) e dado o potencial "*de atingir vasto grupo social e, pois, danosa à saúde pública*" (consequências), evidentemente elementares do tipo, impossíveis de negar as referidas circunstâncias.

Assim, constata-se que todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP são favoráveis ao paciente, tanto que a sua reprimenda-base restou fixada no mínimo legalmente previsto, o que afasta, de pronto, o único argumento lançado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte de origem para obstar o almejado benefício, circunstância que, somada à não reincidência ao tempo da condenação *sub examine* e ao *quantum* de pena definitivamente irrogado - 3 anos de reclusão -, evidencia que, *in casu*, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas mostra-se suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nos termos do art. 44, inciso III, do CP, especialmente em se considerando a natureza e quantidade do entorpecente apreendido - 71 frascos de lança-perfume.

Diante de todo o exposto, concede-se a ordem de *habeas corpus* para substituir a sanção privativa de liberdade do paciente por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, por igual período, a primeira em data, local e hora a serem definidos pelo Juízo da Execução, mantidos, no mais, a sentença e o aresto combatidos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0189336-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 187.663 / RR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100008168

10040944380

10050052413

10060056180

656180

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SUELY ALMEIDA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA

PACIENTE : ALUÍSIO AMILCAR SAYOL DE SÁ PEIXOTO (PRESO)

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.