



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.931 - RR (2011/0011152-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ALLAN KARDEC LOPES MENDONÇA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : CLODEMIR CARVALHO DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. NARCOTRAFICÂNCIA (LANÇA-PERFUME). DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PACIENTE CONDENADO A 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS INDEFERIDA PELO TRIBUNAL A *QUO* COM BASE EM ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA APENAS PARA ADMITIR A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, À SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.

1. Tenho afirmado que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de associação para o tráfico, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente.

2. Todavia, as Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros julgados, a possibilidade dessa substituição, para delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76, em vista da declaração de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90, para penas que não ultrapassem 4 anos. Ressalva do ponto de vista do Relator.

3. Verifica-se que foi negado ao paciente o direito à pretendida substituição com base em aspectos próprios do tipo penal, sem qualquer outra fundamentação; assim, faz juz a benesse legal, pois preenche os requisitos objetivos e subjetivos necessários, sendo primário e possuidor de bons antecedentes e as circunstâncias do delito não se mostraram mais gravosas do que o normal para a espécie.

4. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, apenas para admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília/DF, 24 de maio de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.931 - RR (2011/0011152-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ALLAN KARDEC LOPES MENDONÇA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : CLODEMIR CARVALHO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CLODEMIR CARVALHO DE OLIVEIRA, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio TJRR, que rejeitou os Embargos de Declaração em Agravo de Execução defensivo, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONDIÇÕES SUBJETIVAS DESFAVORÁVEIS. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO E CONTRARIEDADE DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA ENFRENTADA PELA SENTENÇA E ACÓRDÃO. EMBARGOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (fls. 203).

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado em segundo grau à pena de 3 anos de reclusão em regime inicial fechado pela prática do delito tipificado no art. 12 c/c art. 18, inciso III, ambos da Lei 6.368/76.

3. No presente *writ*, alegam os impetrantes, em síntese, que o paciente preenche os requisitos objetivo e subjetivo para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal).

4. Deferida a liminar (fls. 211) e prestadas as informações solicitadas (fls. 223/261), o MPF, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República GERALDO BRINDEIRO, manifestou-se pela concessão da ordem, porquanto os motivos expostos pelo Tribunal *a quo* para indeferir a benesse revelam-se genéricos e próprios do tipo penal (fls. 265/268).

5. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.931 - RR (2011/0011152-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ALLAN KARDEC LOPES MENDONÇA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : CLODEMIR CARVALHO DE OLIVEIRA

VOTO

HABEAS CORPUS. PENAL. NARCOTRAFICÂNCIA (LANÇA-PERFUME). DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PACIENTE CONDENADO A 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS INDEFERIDA PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE EM ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA APENAS PARA ADMITIR A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.

1. *Tenho afirmado que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de associação para o tráfico, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente.*

2. *Todavia, as Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros julgados, a possibilidade dessa substituição, para delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76, em vista da declaração de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90, para penas que não ultrapassem 4 anos. Ressalva do ponto de vista do Relator.*

3. *Verifica-se que foi negado ao paciente o direito à pretendida substituição com base em aspectos próprios do tipo penal, sem qualquer outra fundamentação; assim, faz juz a benesse legal, pois preenche os requisitos objetivos e subjetivos necessários, sendo primário e possuidor de bons antecedentes e as circunstâncias do delito não se mostraram mais gravosas do que o normal para a espécie.*

4. *Ordem concedida, em consonância com o parecer*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ministerial, apenas para admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

1. Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de substituição na pena privativa de liberdade por restritiva de direito sob a égide da Lei 6.368/76.

2. O Tribunal a quo assim se manifestou sobre o tema:

Em que pese a admissibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos em casos de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, consoante recente decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, por meio da qual a Excelsa Corte declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversas em penas restritivas de direito, constante do § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06 e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito, contido no aludido art. 44 do mesmo diploma legal (HC 97.256/RS, rel. Min. AYRES BRITTO, 1o., 9. 2010 - Informativo 598), verifico que o caso concreto não está a permitir tal desiderato.

Com efeito, as condições subjetivas do recorrente, ao contrário do que afirma, não são suficientes à almejada substituição da pena. O inciso III do art. 44 do estatuto repressor trata de condições subjetivas do condenado que indicarão a suficiência da substituição; a saber, sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social e personalidade.

As circunstâncias judiciais levadas em conta pelo Julgador sentenciante ao fixar a pena-base revelam obstáculo à pretendida substituição. Confira-se:

A culpabilidade do réu é grave, no sentido da reprovabilidade social, desfavorável ao acusado, haja vista a intensidade da prática delituosa denunciada, dada com plena consciência da ilicitude do fato: há nos autos registro da conduta social do agente, uma vez que desenvolvido trabalho junto à Assembleia Legislativa do Estado; o Réu é primário e de bons antecedentes, conforme certidão às fls. 114 e 190; a personalidade do réu é desfavorável, conquanto denotou predisposição ao envolvimento em ilícito relativo à comercialização da droga; os motivos egoísticos, de obtenção de lucro mediante a exploração do vício ou das dependências de infelizes que tanto sofrimento causa a seus familiares e amigos e o aliciamento de novos consumidores, em regras jovens de pouca maturidade, e muitas vezes nas festas de adolescentes; as circunstâncias do delito são comuns à espécie



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal; as consequências do crime foram graves, pois danosas à saúde pública (fls. 173).

3. Quanto à pretensão de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ousou pensar que tal benesse, para condenado por crime de narcotraficância, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente, ferindo o princípio da proporcionalidade, por colocar sob efeito de norma mais benéfica delito hediondo, além de minimizar a função reprovadora da sanção penal.

4. Entretanto, as Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros julgados, a possibilidade dessa substituição, para delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76, em vista, também, da declaração de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90, se a pena cominada não ultrapassar 4 anos; mais recentemente, estendeu-se essa benesse para aqueles que cometeram o crime sob a égide da Lei 11.343/06, como frisou o acórdão impugnado. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1o. DO ART. 2o. DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2o., ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. ORDEM ESTENDIDA AO CO-RÉU COM FUNDAMENTO NO ART. 580 DO CPP.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23.2.2006 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2o., § 1o., da Lei 8.072/90, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos, possibilitando, também, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis à paciente, impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2o., letra c, do referido diploma legal, bem como o reconhecimento do seu direito à substituição da pena carcerária por restritiva de direitos.

3. *Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da condenação imposta à paciente.*

4. *Habeas Corpus concedido de ofício para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, determinando ao Juízo das Execuções Criminais a definição das condições de seu cumprimento, estendendo-se, ainda, a ordem ao co-réu, com fundamento no art. 580 do CPP (HC 64.422/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 05.02.07).*



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 (STF, HC 84.928/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJU 11.11.05).

5. Em face dessa orientação jurídica, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, ressalvo, com a maior reverência, o meu ponto de vista.

6. Com efeito, na hipótese, verifica-se que o ora paciente faz juz a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base no entendimento supra referido, visto que o Tribunal *a quo*, ao afastar essa possibilidade, utilizou-se apenas de elementos próprios do tipo penal, sendo certo que as circunstâncias que ora se consideram desfavoráveis, não o foram quando da fixação da própria pena-base, estabelecida no mínimo legal (fls. 173).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ante o exposto, concede-se a ordem, apenas para admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme decidir o Juízo das Execuções Criminais.

8. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0011152-9

HC 194.931 / RR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10040960360 10081938390 10092222719 4960360

EM MESA

JULGADO: 24/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

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 : ALLAN KARDEC LOPES MENDONÇA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : CLODEMIR CARVALHO DE OLIVEIRA

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 Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.