

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1.2

MUDANÇA DE MENTALIDADE

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

HABEAS CORPUS. Penal. Pena substitutiva. Lei 9.714/98. Crime hediondo.

Ementa: A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: 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. Reclamam-se, pois, condições objetiva e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exhaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44).

HC 99.0019196-0/RJ – 6.ª T. – STJ – j. 15.04.1999 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conceder o *Habeas Corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 15 de abril de 1999 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente; Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator.

RELATÓRIO – O Exmo Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator): *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário impetrado por Luiz Eduardo Nogueira, em favor de Fernando Soares da Silveira Netto, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegatório de writ impetrado visando à substituição da pena de 4 anos de reclusão, imposta ao paciente pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 18, III da Lei 6.368/76, pela pena restritiva de direito na forma da nova redação do art. 44, I, do Código Penal, dada pela Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998.

O v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro restou assim fundamentado:

“Como vimos, a pretensão do apelante é incabível, não só pela natureza da infração, como também, pelas próprias circunstâncias judiciais, considerando a exacerbada culpabilidade de quem o pratica, e as suas conseqüências funestas para a coletividade.

Sem dúvida, tratando-se dos aludidos delitos, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não seria necessária e suficiente para a prevenção e repressão.

Ao contrário, face a sua manifesta insuficiência, não serviria como razoável repressão nem como um mínimo para a prevenção. Estaríamos diante da absoluta falta de proporcionalidade entre o crime, sua gravidade e circunstâncias e a resposta penal, que ficaria muito aquém.

Por outro lado, mesmo inexistisse a absoluta incompatibilidade, para ser atendida a impetração seria necessário verificar se o paciente reúne os pressupostos subjetivo para a obtenção da medida de execução penal pretendida, o que é incabível nos estritos limites do *Habeas Corpus*.” (fls. 59/60).

O impetrante alega, em suas razões, poder ser aplicável a Lei 9.714/98 aos crimes hediondos e a

outros delitos a eles equiparados; não prosperar a afirmação do v. acórdão recorrido de a substituição depender de verificação de pressupostos subjetivos posto que os requisitos exigidos são todos objetivos; ser o paciente primário, possuir bons antecedentes sendo inegável seu direito de ter a sua situação enquadrada na nova redação do art. 44, I e II do Código Penal, dada pela Lei 9.714/98.

Parer do Ministério Público Federal, às fls. 67/74, opinando pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

VOTO—O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator): A Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: 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.

Reclamam-se, pois, condições objetiva e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material.

A prévia definição do tipo legal de crime busca resguardar o direito de liberdade; a indicação, tam-

bém prévia, da pena volta-se, fundamentalmente, para o interesse público, ou seja, incutir no condenado senso de responsabilidade, a fim de retornar ao convívio social, ajustando-se às orientações do Direito.

A Lei 9.714/98 é prova eloquente de superação do período que se orientava pelo *punitur eit peccatum est*. Não faz mais sentido, tenho insistido, analisar as normas do Direito Penal do ponto de vista meramente formal. A pena, repetia Ferri, não pode ser identificada com o mero carimbo que o alfaiate coloca na roupa confeccionada, como se o condenado fosse mero manequim. A recente lei esta teleologicamente direcionada. Sem dúvida, afastou, às inteiras, qualquer dúvida de a pena ser meio, e não fim.

O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44, I).

O direito reclamado, repita-se, está condicionado também aos elementos de ordem subjetiva.

O *Habeas Corpus*, no entanto, não se presta à análise reclamada, devendo fazê-lo o juízo à disposição de quem se encontre o Paciente.

Declaro a aplicabilidade da Lei 9.714/98 à hipótese *sub judice*, com a observação retro.

Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

CERTIDÃO — Certifico que a egrégia Sexta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, concedeu o *Habeas Corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de abril de 1999.

COMENTÁRIOS

O presente acórdão, da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, discute, em última instância, a possibilidade de aplicação da pena substitutiva aos fatos alcançados pela Lei de Entorpecentes. Conforme verificou-se acima, a Sexta Turma do

Superior Tribunal de Justiça entendeu não existir óbice à substituição.

Questão que certamente deve suscitar inúmeras polêmicas diz respeito à possibilidade de aplicação de medidas alternativas para crimes como o de tráfico ilícito

de entorpecentes, na hipótese de ser aplicada a pena inferior a 4 anos. Dois argumentos se alinhavam contra a possibilidade de se aplicar a pena alternativa a quem venha praticar o crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76. Em primeiro lugar, por haver imposição de cumprimento de pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado, nos termos da Lei 8.072/90, em seu art. 2.º, § 1.º; além disso, por ter o magistrado que fazer um juízo de que essa substituição seja suficiente, o que não ocorreria no caso do tráfico ilícito de entorpecentes. Em nossa opinião, tais objeções não devem prosperar de uma forma absoluta. Nem toda conduta descrita no art. 12 da Lei de Tóxicos há de ser considerada "hedionda". É comum a ocorrência de prisões de jovens que cederam gratuitamente um pequeno cigarro de maconha para um amigo dele fazer uso e que se vêem processados como se traficantes fossem – e não o são. Cabe ao magistrado, como observa com sensibilidade o Procurador de Justiça Mário de Magalhães Papaterra Limongi, "distinguir entre quem é verdadeiramente perigoso e quem apenas é uma pequena peça desta estrutura podre".¹ Esse juízo não pode ser apriorístico, sob pena de se criarem situações absolutamente injustas. É de se ter em conta que nem toda conduta que se subsume ao tipo abrangente do artigo 12 da Lei de entorpecentes é alcançado pela condição de hediondez. A lei pune com muito mais rigor o *tráfico ilícito de entorpecente*, que pressupõe a comercialização de drogas. Traficar algo é praticar o comércio ilícito de certa substância e não ceder gratuitamente, por exemplo. Assim, por essa ótica não há causa obstativa à aplicação da lei nova para algumas das condutas elencadas pelo art. 12 da Lei 6.368/76. Ademais, afirmar-se que a Lei 8.072/90, por ser especial, prevalece sobre o Código Penal, modificado pela Lei

9.714/98, é ignorar que a edição da presente lei criou uma situação que inexistia quando da edição da Lei de Crimes Hediondos: a possibilidade dessa substituição para aqueles condenados que, por exemplo, tivessem a pena mínima de três anos fixada pelo magistrado. O princípio de hermenêutica segundo o qual a lei especial prevalece sobre a geral deve ceder espaço à idéia segundo a qual as leis devem ser interpretadas teleológica e sistematicamente, dentro de um contexto mais amplo, não só por sua literalidade. Há de se ressaltar que o "engessamento" do julgador criado pela Lei 8.072/90, em casos análogos a este já foi corrigido por inúmeros órgãos do Poder Judiciário. Em casos semelhantes, que aqui se invocam por analogia, houve a concessão de suspensão condicional da pena mesmo sendo os crimes imputados alcançados pelo rol de hediondos. Assim é que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em mais de uma oportunidade, não obstante o disposto no art. 2.º, § 1.º da referida Lei, anuiu com a possibilidade do *sursis* para crimes capitulados como hediondos (RT 676/298 – Rel. Renato Nalini; RJTJ 134/417 – Rel. Bento Mascarenhas; AC 108.171-3/8 – Rel. Dante Busana). O mesmo raciocínio deve ser adotado para estes casos, em face da nova Lei 9.714/98. Se houve a concessão do *sursis* e o crime era hediondo, da mesma forma há de se conceder a pena alternativa para crimes dessa natureza, desde que o juiz entenda ser cabível àquele condenado em particular. Vale dizer: cada caso há de ser examinado de acordo com suas particularidades e decidido com a serenidade que se demanda da Justiça. Nada há a impedir *a priori* a concessão da pena substitutiva. Por derradeiro, no que concerne a este ponto, há que se invocar as lições sempre esclarecedoras de Alberto Silva Franco, no que concerne à extensão de tal medida por ter lei especial prévia disciplinando o assunto: "O argumento de que a lei especial contém normas de Direito Penal substantivo, e até mesmo de

⁽¹⁾ *As penas alternativas e o traficante*. Boletim do IBCCrim, n. 75, Fev./1999, p. 2, encarte especial.

Direito Processual e, por tal motivo, não se submete às regras da Parte Geral do Código Penal, é inaceitável. Antes de mais nada, porque despreza o dispositivo do art. 12 do CP. Depois, porque apresenta como fator obstativo o que se constitui na característica própria da lei especial: disciplinar matéria penal não contida no ordenamento penal. Tal característica não transforma, como já foi enfatizado, a lei especial em algo que exista inteiramente à margem do Código Penal e que com ele não mantenha contato algum. As regras do ordenamento penal, desde que não atritem com as normas contidas na lei especial são de cogente aplicação".²

Ora, o art. 12 do CP ao mencionar que "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso" está verificando somente aqueles casos de efetiva contrariedade normativa. A Lei 8.072/90 não podia contrariar a Lei 9.714/98, até porque foi editada 8 anos antes e não teria o dom da premonição no que concer-

ne a excluir algo que só veio a ser criado agora. Não previu possibilidade de substitutividade para casos em que a condenação fosse de 3 anos porque tal limite temporal era, à época, de menos de 1 ano (conf. Lei 7.209/84).

Damásio E. de Jesus,³ em seu recente *Penas alternativas*, afirma que: "admitese, em tese, a imposição de penas alternativas, tendo em vista que a pena mínima cominada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76 é de três anos de reclusão. Nesse sentido: pronunciamento do Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey, criticando a lei nova por se aplicar à hipótese (*Folha de S. Paulo, O Globo e O Estado de São Paulo*).

De qualquer forma, ainda que a polêmica venha a perdurar, é de se destacar que a presente decisão abre um importante precedente para acabar com o engessamento do magistrado na aplicação das penas em crimes disciplinados pela Lei de Crimes Hediondos.

(2) *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo : RT, 1997, p. 970.

(3) JESUS, Damásio E. de. *Penas alternativas*. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 89-90.