



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.216 - SP (2014/0147866-3)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : RAQUEL MIYUKI KANDA E OUTRO
ADVOGADO : RAQUEL MIYUKI KANDA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DUTRA JACOB (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É possível proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal.
2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negado o benefício com fundamento na quantidade e inegável nocividade das drogas apreendidas, 21 pinos de crack, 10 pinos de cocaína e 4 invólucros de maconha, consoante o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 23 de outubro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.216 - SP (2014/0147866-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : RAQUEL MIYUKI KANDA E OUTRO

ADVOGADO : RAQUEL MIYUKI KANDA E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : BRUNO DUTRA JACOB (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

BRUNO DUTRA JACOB, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 3000469-50.2012.8.26.0462.

O paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 486 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa recorreu. Em 20/2/2014, o Tribunal estadual deu parcial provimento ao apelo para afastar a causa de aumento de pena e reduzir a reprimenda final para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 250 dias-multa.

Nesta Corte, o impetrante sustenta que deveria ser procedida à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Afirma que o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça contra pessoa, o paciente é primário, a pena fixada é inferior a 4 anos de reclusão e o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, no ponto em que proíbe a concessão da benesse.

A liminar foi por mim indeferida (fls. 33-35), e o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 98-106).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.216 - SP (2014/0147866-3) EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. É possível proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal.
2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negado o benefício com fundamento na quantidade e inegável nocividade das drogas apreendidas, 21 pinos de crack, 10 pinos de cocaína e 4 invólucros de maconha, consoante o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **não identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I.

O paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 486 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de entrega e consumo a terceiros, nas imediações de estabelecimento de ensino e campo de futebol, **21 pinos de crack, 10 pinos de cocaína e 4 invólucros de maconha**. A impetração não está instruída com o laudo pericial que atesta o peso dos entorpecentes.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa para afastar a causa de aumento e fixou sua reprimenda final em **2 anos e 6 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Na ocasião, negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos seguintes fundamentos:

[...]

Considerando-se a **quantidade e inegável nocividade das drogas apreendidas**, notadamente cocaína e *crack*, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no mais insuficiente à repressão do delito em tela. (fl. 24)

II.

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15.2.2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os **requisitos objetivos e subjetivos** exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram **previstos no art. 44 do Código Penal**, *in verbis*:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

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.

Isso porque a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, **"ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade"** (REALE JUNIOR, Miguel et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 164).

No caso sob exame, verifico que o tribunal, mesmo após reduzir a pena corporal do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, demonstrou ser incabível a aplicação do art. 44 do CP, diante da **"quantidade e inegável nocividade das drogas apreendidas"** (fl. 24), consubstanciadas em 21 pinos de crack, 10 pinos de cocaína e 4 invólucros de maconha.

Nos termos da jurisprudência desta Corte "A natureza, variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos constituem fundamentos aptos a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, ainda que preenchido o requisito objetivo do inciso I do referido dispositivo." (AgRg no REsp 1.432.109/GO, Rel. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, 5ª T., Dje de 1/8/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

[...]

3. Não é obrigatória a fixação do regime inicial fechado para os condenados por crime de tráfico, pois, reconhecida pela Corte Suprema a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, devem ser observados os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

4. Para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no artigo 44 do Código Penal.

5. Na hipótese, o réu não preencheu o requisito subjetivo do art. 44, III, do Código Penal, haja vista a análise desfavorável das circunstâncias do crime, **lastreada na quantidade e diversas formas de apresentação do entorpecente.**

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1304207/RS, de minha relatoria, 6ª T., Dje de 19/5/2014)

Em minha concepção, o tráfico de crack e cocaína possui maior reprovabilidade e maior potencialidade lesiva à saúde pública do que o tráfico de outra substância menos nociva, como a maconha ou o cloreto de etila, exigindo maior rigor na resposta penal.

Assim, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

III.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus* e, examinando seu conteúdo, não identifico constrangimento ilegal que pudesse me levar a conceder, *ex officio*, a ordem postulada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0147866-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.216 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20299876220148260000 300004695020128260462

EM MESA

JULGADO: 23/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAQUEL MIYUKI KANDA E OUTRO
ADVOGADO : RAQUEL MIYUKI KANDA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DUTRA JACOB (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.