



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.648 - SP (2015/0195964-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JONATHAN ARIEL RAICHER E OUTROS
ADVOGADO : JONATHAN ARIEL RAICHER E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO FRANCA SAYAO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 168, § 1.º, I, E ART. 178, AMBOS DA LEI N.º 11.101/2005, E ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO NÃO RECOMENDÁVEL E PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, não bastasse o entendimento das instâncias de origem no sentido de não ser recomendável a substituição da pena privativa de liberdade, a soma das reprimendas é superior a 4 anos, não sendo possível a pretendida substituição.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 10 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.648 - SP (2015/0195964-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JONATHAN ARIEL RAICHER E OUTROS
ADVOGADO : JONATHAN ARIEL RAICHER E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO FRANCA SAYAO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SERGIO FRANCA SAYAO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 9128958-36.2009.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em 10.10.2008, às penas de 3 (três) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, por infração ao disposto no artigo 168, *caput*, da Lei n.º 11.101/2005; de 1 (um) ano de detenção, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela violação ao artigo 178 da citada norma; e de 15 (quinze) dias de detenção, juntamente com 10 (dez) dias-multa, por incidir no tipo descrito no artigo 330 do Código Penal. Foi-lhe fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento das sanções (Processo n.º 000.07.0000076-0, da 2.ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP).

Não se resignando, a defesa e o *Parquet* interpuseram recursos de apelação perante o Colegiado estadual, que (I) julgou extinta a punibilidade pela prescrição, quanto ao crime de desobediência; (II) negou provimento ao apelo defensivo; e (III) deu parcial provimento ao ministerial para reconhecer a causa especial de aumento de pena, "por ter sido o crime de fraude a credores praticado mediante escrituração contábil, com dados inexatos e aumentar a pena de Sérgio França Sayão para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, como incurso no artigo 168, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 11.101/2005" (fls. 217/229).

Após o trânsito em julgado, o Tribunal *a quo* julgou procedente, em parte, a Revisão Criminal n.º 0205194-46.2013.8.26.0000 "para desconstituir o julgamento da apelação, em razão da ausência de intimação dos defensores para a sessão de julgamento, a fim de que o recurso seja novamente julgado, sendo que, agora, com a prévia intimação dos defensores constituídos pelo recorrente, expedindo-se contramandado de prisão, vendidos o Relator, o Revisor e o 8.º Juiz, que afastavam as nulidades arguidas e, via de consequência, indeferiam o pedido revisional" (fl. 336).

A apelação foi, então, novamente julgada, com o mesmo desfecho da anterior. No que interessa, eis o teor do julgado (fls. 389/390):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ser a medida socialmente recomendável e suficiente à reprovação da conduta, que repercutiu de forma nefasta e avassaladora no mercado.

Nesta via, pretende-se, liminarmente, a suspensão da execução da pena imposta e, no mérito, a cassação do aresto, no específico ponto que em que se negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concedendo-se a ordem, via de consequência, para efetivar a referida substituição.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 400-401.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 407-413, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.648 - SP (2015/0195964-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 168, § 1.º, I, E ART. 178, AMBOS DA LEI N.º 11.101/2005, E ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO NÃO RECOMENDÁVEL E PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, não bastasse o entendimento das instâncias de origem no sentido de não ser recomendável a substituição da pena privativa de liberdade, a soma das reprimendas é superior a 4 anos, não sendo possível a pretendida substituição.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

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

No caso em tela, a soma das reprimendas aplicadas ao paciente (4 anos, 6 meses e 15 dias) é superior ao limite legal (4 anos) para incidência da benesse. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. CONSIDERAÇÃO DO TOTAL DAS REPRIMENDAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE APLICADAS PARA FINS DE ANÁLISE DO CABIMENTO DO BENEFÍCIO.

1. A quantidade de pena cominada ao paciente - 8 (oito anos e 4 (quatro) meses de reclusão - impede a substituição pretendida, uma vez que, consoante o disposto no inciso I do artigo 44 do Código Penal, a conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos só é cabível quando a sanção corporal não for superior a 4 (quatro) anos.

FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA O CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA. SANÇÃO SUPERIOR A 8 ANOS. ACUSADO REINCIDENTE. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL.

1. Inviável a fixação de regime diverso do fechado para o resgate da reprimenda corporal, pois o paciente restou definitivamente condenado à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, quantidade de sanção que impõe o modo mais severo para o seu cumprimento inicial, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

2. Ainda que assim não fosse, trata-se de condenado reincidente, circunstância que reforça o descabimento de regime menos severo. Precedente.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 332.225/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA. DESNECESSIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NÃO APLICAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a configuração da interestadualidade do crime de tráfico de entorpecentes prescinde da efetiva transposição de divisa interestadual pelo agente, sendo suficiente que haja a comprovação de que a substância tinha como destino outro Estado da Federação.

- O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando a quantidade e natureza das substâncias apreendidas permitirem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa - no caso, foram apreendidos 452 kg de maconha e 1 kg de cocaína.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n.

11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal. No caso, o regime mais gravoso foi fixado com base na elevada quantidade de entorpecente apreendido.

- Tendo a pena privativa de liberdade sido fixada em patamar superior a 4 anos, não há se falar em substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

- *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 334.075/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E DE PORTE ILEGAL DE ARTEFATO EXPLOSIVO. CONCURSO MATERIAL. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE PELA FALTA DE APRECIÇÃO DA TESE DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE PELA VIA DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 4º, DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. RECONHECIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. MODIFICAÇÃO PARA REGIME MENOS GRAVOSO. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, SURSIS E MUDANÇA PARA REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PENAS DEFINITIVAS, SOMADAS EM RAZÃO DO CONCURSO MATERIAL, QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O pleito do presente writ, no tocante à nulidade por ausência de defesa prévia, não pode ser analisado por este Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a irresignação do paciente não foi apreciada pelo Tribunal a quo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, fato que impede a análise da impetração por esta Corte, sob pena de indevida supressão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instância.

3. Despiciendo o exame pormenorizado de todos os argumentos da defesa, quando se possa identificar as razões pelas quais lastrearam a condenação, de acordo com o livre convencimento do Julgador, conforme ocorreu no presente caso. Precedentes.

4. O pleito absolutório relativo aos crimes descritos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06 e art. 16, parágrafo único, III, da Lei 10.826/03 demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, inadmissível pela via do writ.

5. Não se admite adentrar no ponto relacionado à desclassificação para o crime de tráfico privilegiado, porquanto, desconstituir o afirmado, necessitaria de profunda incursão na seara fático-probatório e a necessidade de dilação probatória, inviável em sede de writ.

6. Possuindo o paciente três condenações transitadas em julgado, admite-se a exasperação da pena-base como maus antecedentes e aplicação da reincidência, por não existir dupla valoração negativa sobre o mesmo delito, não resultando, por consequência, em bis in idem.

7. Revela-se válida a exasperação da pena-base, porquanto restou suficientemente fundamentada em dados concretos, sendo valorada com suporte na base empírica idônea obtida nos autos, notadamente diante dos maus antecedentes e da quantidade da droga apreendida, de modo que não se mostra cabível a modificação do acórdão atacado dada ausência de flagrante ilegalidade.

8. No tocante aos pedidos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sursis e a fixação de regime menos gravoso, incabível o acolhimento dessas pretensões, porquanto as sanções aplicadas, quando somadas diante do concurso material, excedem os limites legais impostos para a concessão dos benefícios almejados.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 133.666/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º). QUANTIDADE DE DROGA E PETRECHOS PARA O COMÉRCIO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A quantidade de droga apreendida e demais petrechos relacionados ao comércio ilícito dessa substância constituem circunstâncias idôneas que denotam a dedicação do acusado a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

- O regime fechado foi fixado com base no § 1º do art. 2º da Lei n.

8.072/90. Acontece que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade desse parágrafo, que prevê o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado para o tráfico de drogas independentemente do quantum de pena privativa de liberdade aplicada ao réu. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A manutenção da pena acima de 4 anos de reclusão afasta a possibilidade de sua substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

(HC 311.186/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 28/09/2015)

De mais a mais, não se pode desmerecer o entendimento das instâncias de origem no sentido de que a substituição não é recomendável. Nesse passo, impende destacar trecho do aresto impugnado:

Por fim, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ser a medida socialmente recomendável e suficiente à reprovação da conduta, que repercutiu de forma nefasta e avassaladora no mercado.

Assim, tem-se que a impetração substitutiva de recurso especial não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0195964-9

HC 332.648 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 000070000760 08342671520078260100 20053792 2007000013 5830020051165701
5830020051165705 70000760 8342671520078260100 91289583620098260000
990090361280

EM MESA

JULGADO: 10/11/2015

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JONATHAN ARIEL RAICHER E OUTROS
ADVOGADO : JONATHAN ARIEL RAICHER E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO FRANCA SAYAO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes Falimentares

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 do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.