HABEAS CORPUS Nº 503.610 - SP (2019/0101583-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	TIAGO LEARDINI BELLUCCI
ADVOGADO	:	TIAGO LEARDINI BELLUCCI - SP333564
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	KLEBER ROBERTO ALVES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME *DE* TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (4.388,87 G DE MACONHA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.
Writ indeferido liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Kleber Roberto Alves**, apontando-se como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 499 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 40/48).

Defesa e acusação recorreram, tendo o Tribunal de Justiça negado provimento aos recursos e, de ofício, corrigido erro material na sentença condenatória, para diminuir as penas impostas ao réu, fixando-as em 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 499 dias-multa (fls. 11/27 – Apelação n. 0028558-63.2016.8.26.0602).

Sobreveio, então, o presente *writ*, no qual a defesa alega constrangimento ilegal quanto ao indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, defendendo que *é claramente inidônea a fundamentação através da qual o Tribunal deixou de aplicar a pena restritiva de direito. A Câmara não apresentou elemento concreto para justificar sua decisão, ao contrário, utilizou-se de argumento genérico e calcado na gravidade abstrata do delito* (fls. 6/7).

Requer, assim, a concessão liminar da ordem, *aplicando em favor do paciente a pena restritiva de direitos* (fl. 9).

É o relatório.

No tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em consonância com o princípio da individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas, que proibiam tal permuta aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Nesse prisma, faz-se imprescindível a análise da possibilidade de substituição, de maneira particularizada, a fim de se aferir o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, que assim dispõe, *in verbis*:

> 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 4 (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;
> 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.

In casu, o paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, uma vez que, a despeito de o crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa e sua pena ter sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão – 3 anos e 4 meses –, as circunstâncias judiciais não foram favoráveis, em razão do *quantum* de droga apreendida (4.388,87 g de maconha).

Dessa forma, não satisfeitos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, não há falar na aplicação do benefício da substituição da pena.

> Nesse sentido:
> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. RECEPTAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, CÓDIGO PENAL - REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCS. II E III, CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - In casu, como bem destacou o v. acórdão impugnado, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, o paciente é reincidente e portador de circunstâncias judiciais desfavoráveis, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo artigo 33, § 2°, alínea c, do Código Penal.

V - A presença de circunstância judicial desfavorável e a reincidência, mantida pelo v. acórdão impugnado, não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 480.326/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1º/3/2019)

Ante o exposto, **indefiro liminarmente** o *writ.*

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator