



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.756 - SP (2015/0130419-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : MARCELO HENRIQUE DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL AUGUSTO SANTOS DIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto ao regime fechado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

In casu, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento dos mesmos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Execuções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.756 - SP (2015/0130419-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : MARCELO HENRIQUE DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL AUGUSTO SANTOS DIAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de RAFAEL AUGUSTO SANTOS DIAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0006138-85.2012.8.26.0220.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa (fls. 19/24).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante alega que o paciente é primário, possui bons antecedentes e não pertence a organização criminosa, fazendo jus à substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal.

Requer, assim, a substituição da pena por restritiva de direitos.

As informações foram devidamente prestadas às fls. 17/26.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 31/34).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.756 - SP (2015/0130419-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 4 pedras de "crack". Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o magistrado de primeiro grau aplicado-lhe a pena sob os seguintes fundamentos:

O réu tem a seu favor todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Cód. Penal, motivo pelo qual sua pena base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, a cumprir 05(CINCO) ANOS DE RECLUSÃO e no pagamento de 500 (QUINHENTOS) DIAS MULTA, com valor unitário equivalente ao mínimo legal.

Devidamente configurada a causa de aumento de pena, com fundamento no art. 40, VI da Lei 11.343/06, majoro a pena do acusado em 1/6, totalizando-se 05 (CINCO) ANOS e 10 (DEZ) MESES e 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS MULTA, com valor unitário equivalente ao mínimo legal.

Nos termos dos art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico e condutas equiparadas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Assim, considerando que o réu é primário, tem bons antecedentes e não há indícios de que pertença à organização criminosa ou se dedique a tais atividades com habitualidade, reduzo sua pena privativa de liberdade pela prática do crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/06 em 2/3, fixando-a em 01(UM) ANO, 11(ONZE) MESES e 10(DEZ) DIAS DE RECLUSÃO e pagamento de 194(CENTO E NOVENTA E QUATRO) DIAS MULTA, com valor unitário equivalente ao mínimo legal.

Ressalto que é incabível a substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade pela restritiva de direitos em razão da insuficiência da substituição referida para sancionar o fato criminoso, socialmente danoso e causador da grande maioria dos males atuais da sociedade, tornando incompatível a substituição com o caráter hediondo do crime (art. 44 da Lei 11.343/06).

Isto posto, julgo PROCEDENTE a presente ação penal, para condenar RAFAEL AUGUSTO SANTOS DIAS, filho de Lucia Santos Dias, a cumprir 01(UM) ANO e 11(ONZE) MESES e 10(DEZ) DIAS DE RECLUSÃO e no pagamento de 194(CENTO E NOVENTA E QUATRO) dias-multa, cada qual no valor equivalente a 1/30 do maior salário mínimo vigente no país na data dos fatos, por ter infringido o art. 33, “caput” c.c. art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06.

A pena pecuniária, quando de sua execução, será atualizada pelos índices de correção monetária a partir da data do fato até a data de seu efetivo pagamento, para que não perca seu caráter coercitivo, nos termos do art. 49,2º, do Cód. Penal.(JUTACRIM 95/46)

O réu o deverá iniciar o cumprimento de sua pena no regime fechado.

Nesse sentido:

“Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. (HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006) (sentença transcrita do sítio eletrônico do Tribunal a quo).

Por sua vez, a Corte Estadual asseverou:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, como a r. sentença guerreada não foi abalada pelas razões recursais apresentadas, fica ela aqui e agora confirmada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, ratificados a teor do disposto no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

As penas foram corretamente dosadas, de acordo com o livre convencimento motivado do ilustre Juiz sentenciante, o qual, por conseguinte, deve ser preservado, especialmente por não se vislumbrar erro técnico ou excessivo rigor.

O regime prisional fechado, por sua vez, decorre de disposição legal expressa. Ademais, forçoso reconhecer que seu abrandamento atentaria contra a ordem pública. Afinal, os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade ordeira.

Pelas mesmas razões, inviável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 23/24).

De início, verifico que a imposição do regime fechado está lastreada exclusivamente na vedação legal, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte, conforme se verifica:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- 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 quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparado (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Sendo assim, na hipótese, há ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ, que assim dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Dessa forma, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

No que se refere à substituição da pena por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que é primário, de bons antecedentes, as circunstâncias judiciais o favorecem e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva (4 pedras de "crack"). Assim, o acórdão impugnado merece reparo também quanto a esse ponto. Confirmam-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770g), 2 pinos de cocaína (1,61g) e 3 pedras de crack (2.07g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

CONSTITUCIONAL E PENA. HC. RECEPÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO DESMOTIVADO. SÚMULA/STJ 440. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Colegiado de origem não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de receptação, não se mostra razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

4. Nos termos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal, se aplicada pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o crime não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, desde que o réu não seja reincidente pela prática de crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem a suficiência da medida, poderá a sanção corporal ser convertida em restritiva de direitos. Precedentes.

5. Malgrado preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, verifica-se não que o acórdão condenatório olvidou-se de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo a condenação transitado em julgado.

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz das Execuções Criminais (HC 348.418/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0130419-8

HC 325.756 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200140000561477

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO HENRIQUE DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL AUGUSTO SANTOS DIAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.