



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.980 - SP (2015/0093149-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAQUIM RODRIGUES RIBEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. REGIME FECHADO. PENA IGUAL A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. 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 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.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/5 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, estão em consonância com o entendimento desta Corte.

3. 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, igual a 4 anos (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.

4. O art. 44 do CP 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 de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi expressiva (8,81g de cocaína e 4,72g de maconha).

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 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 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), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.980 - SP (2015/0093149-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAQUIM RODRIGUES RIBEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOAQUIM RODRIGUES RIBEIRO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 3004818-39.2013.8.26.0405.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado).

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, em acórdão acostado às fls. 89/98.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que o paciente preenche os requisitos legais para a fixação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo (2/3), bem como faz *jus* ao regime inicial aberto, em razão da primariedade e das circunstâncias judiciais serem favoráveis, a teor dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, e n. 440 da Súmula desta Corte.

Por fim, sustenta que não foi efetuada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme determina o art. 44 do Código Penal.

Requer, assim, a aplicação da minorante na fração de 2/3, bem como a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 104/105), as informações devidamente prestadas (fls. 114/124) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 152/160).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.980 - SP (2015/0093149-0)

VOTO

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

Por se tratar 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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora no patamar de 2/3 e, conseqüentemente, a fixação de regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 10 porções de cocaína (8,81g) e 1 porção de maconha (4,72g).

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau condenado o paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

A quantidade de tóxico e o modo de acondicionamento mostrados na fotos de fls.29/30(invólucros plásticos contendo cocaína e maconha segundo os laudos de constatação e pericial), seu alto valor no mercado do vício e a incerta condição econômica do réu positivam "circunstância indiciária de comércio de entorpecentes" (JUTACRIM 63/240; RT 511/403, 538/380; RJTJSP 64/367), concluindo-se que esse era seu meio de vida, principal ou complementar, porquanto confessou a traficância informalmente aos policiais.

Inviável a recapitulação para porte de drogas como alvítera a defesa.

Entretanto, é cabível a aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 porque o acusado atende os requisitos lá elencados, reduzindo-se as reprimendas em apenas um quinto ante os princípios da suficiência e da proporcionalidade à luz da gravidade do crime e sua nefasta repercussão no seio social.

Balizando as punições considero sua primariedade jurídica para aplicar-lhe as penas mínimas: 05 (anos) de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Ausentes provas de que o réu se dedique, reiteradamente, a práticas criminosas ou integre organização com tal finalidade, diminuo 1/5 (um quinto): 04(quatro) anos e de reclusão 400(quatrocentos) dias-multa. estimada a diária no patamar básico legal ante sua modesta condição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

econômica, enquanto a reclusiva será inicialmente cumprida no regime fechado por imperativo legal e para maior eficácia dos esperados efeitos didáticos da expiação.

Frente ao exposto e contido nos autos, JULGO PROCEDENTE a ação para, rejeitada a questão preliminar, condenar JOAQUIM RODRIGUES RIBEIRO, filho de Fernanda Rodrigues Ribeiro, nascido aos 30.12.93, às penas de 04 (quatro) anos e de reclusão 400 (quatrocentos) dias-multa por infração ao artigo 33, caput, Lei nº 11.343/06, aplicado o benefício do § 4º.

A pecuniária fica arbitrada no piso mínimo legal e sobre ela incidirá atualização monetária desde o fato até a quitação plena, enquanto a privação da liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado a teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.464/07, e das disposições do art. 59 do Código Penal (fls. 66/67).

A Corte estadual, por sua vez, asseverou:

A pena a ele imposta não merece reparo algum.

Após ter sido sua pena-base fixada no mínimo legal, na terceira fase de sua aplicação, optou o magistrado de primeiro grau por conceder a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, mas no percentual de 1/5 (um quinto).

Todavia, em razão da variedade de substâncias entorpecentes com as quais foi o apelante surpreendido, da injustificável quantia em dinheiro encontrada em seu poder, bastante elevada e considerando estar ele desempregado, além dos vários usuários que foram encontrados junto dele para adquirir as drogas, restou demonstrado que fazia do comércio ilícito seu meio de vida, dedicando-se à atividade criminosa.

Assim, sequer fazia jus à referida causa de diminuição de pena. Muito menos em um maior percentual.

Por fim, não faz jus o apelante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A concessão de tal benefício aos condenados a tráfico de drogas é incompatível com a gravidade e as circunstâncias em que o crime é cometido, não havendo qualquer tipo de violação ao princípio da individualização da pena.

Este entendimento deve prevalecer, notadamente ao se considerar a vedação expressa trazida pelo artigo 44 da Lei de Drogas.

Com efeito, o benefício consistente na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tem por objetivo primordial o de possibilitar a ressocialização de indivíduos de baixa periculosidade, que praticaram delitos de pequeno grau de lesividade social.

Traficantes de substâncias entorpecentes, sejam de pequeno, médio ou grande porte, não têm o perfil de iniciar o cumprimento de sua pena que não mediante encarceramento. Mesmo o pequeno traficante merece uma punição severa. Basta que a venda de drogas seja realizada uma única vez, para que cause uma série de malefícios ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumidor e que virá a repercutir a toda a coletividade.

Ressalte-se que uma das exigências previstas no art. 44, inciso III, do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, é a de que os motivos e as circunstâncias indiquem como suficiente tal medida, para a repressão do agente da conduta delituosa.

[...]

Considerando, portanto, que o crime de tráfico de entorpecentes privilegiado também é delito equiparado a hediondo, inadmissível a alegação de que o regime inicial fechado não poderia ter sido a ele imposto.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII, determina um tratamento mais rigoroso a determinados delitos, dentre os quais os considerados hediondos e o de tráfico ilícito de entorpecentes.

Coube, pois, ao legislador ordinário, dentro das diretrizes fixadas pela Constituição Federal, estabelecer que, nestes casos, o regime inicial de cumprimento da reprimenda deveria, obrigatoriamente, ser o fechado (fls. 95/98).

De início, ressalto que o acórdão está em consonância com o entendimento desta Corte de que, na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes. Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, **este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006**, circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbetes Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Quanto ao regime prisional, verifico que a imposição do regime fechado está lastreada exclusivamente na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao enunciado n. 440 da Súmula do STJ, que assim dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 STF, 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, igual a 4 anos (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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 CP.

Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que as circunstâncias judiciais o favorecem e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva (8,81g de cocaína e 4,72g de maconha). Assim, o acórdão impugnado merece reparo também quanto a esse ponto. Confirmam-se:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2015/0093149-0

HC 321.980 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 30048183920138260405 8632013

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOAQUIM RODRIGUES RIBEIRO

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 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.