



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.738 - SP (2018/0124769-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ALVES DA GAMA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – CP. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA (1,16 GRAMAS DE COCAÍNA). APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *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. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto à desclassificação e absolvição do delito de tráfico de drogas demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*. Ademais, com base nas provas dos autos, no depoimento dos policiais e na quantidade e natureza da droga apreendida, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico de drogas.

3. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (1,16g de cocaína), a pena aplicada inferior a 4 anos, e, ainda, em razão da primariedade do paciente, da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do Código Penal – CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso, devendo ser imposto o regime aberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

4. 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. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções, revogando o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena.

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, 21 de junho de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.738 - SP (2018/0124769-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ALVES DA GAMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO ALVES DA GAMA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002489-58.2015.8.26.0495).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado de entorpecentes), à pena de 1 ano, 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos, e ao pagamento de 166 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e, por maioria, deu parcial provimento ao apelo da acusação para fixar o regime inicial fechado, cassando-se a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, conforme aresto acostado às fls. 106/111.

Daí o presente *writ*, no qual alega, inicialmente, que a droga apreendida se destinava à consumo próprio, devendo a conduta ser desclassificada para uso próprio ou compartilhado.

Subsidiariamente, sustenta que a obrigatoriedade de fixação de regime fechado, bem como a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos estão pautados em dispositivos julgados inconstitucionais pela Suprema Corte.

Assevera que a manutenção do regime fechado em razão da gravidade abstrata do delito viola os Enunciados das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal – STF e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Requer, em liminar e no mérito, a desclassificação da conduta do paciente para posse de entorpecente para uso próprio, e, subsidiariamente, a fixação do regime aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido *apenas para assegurar ao paciente que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aguarde em regime aberto o julgamento do presente mandamus (fls. 114/116).

As informações foram devidamente prestadas (fls. 126/143 e 149/168) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 170/174).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.738 - SP (2018/0124769-0)

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 – 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 desclassificação do delito, a fixação do regime aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 2 porções de cocaína, pesando 1,16 gramas.

Nesse contexto, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Juízo de primeiro grau fixado a pena em 1 ano e 8 meses, em regime inicial aberto, substituída por restritiva de direitos. O Tribunal *a quo*, por sua vez, proveu parcialmente o apelo da acusação para fixar o regime inicial fechado, cassando-se a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, conforme se verifica:

Os policiais militares Thalita, Elói e Amâncio, em depoimentos harmônicos e complementares, corroboraram os fatos descritos na inicial. Relataram que depois do recebimento de informações sobre a ocorrência de tráfico de entorpecentes na rodoviária da cidade, se dirigiram ao local e surpreenderam o recorrente na posse de duas porções de cocaína e a quantia aproximada de R\$ 300,00; no interior do quarto de um hotel onde ele estava hospedado, encontraram mais vinte e três porções de cocaína e uma porção de maconha, além do valor de R\$ 500,00 em notas trocadas e anotações típicas de tráfico.

A prova ainda é constituída pelos depoimentos dos policiais do DISE Douglas e Ivo que, de maneira complementar, confirmaram que o envolvimento do acusado com a traficância era de conhecimento geral. Descreveram que depois dele próprio ter ido à Delegacia solicitar informações sobre um boletim de ocorrência lavrado em data anterior, o questionaram acerca das acusações, oportunidade em que ele acabou admitindo a prática delituosa e, no local em que ele estaria hospedado, encontraram mais drogas, dinheiro em cédulas trocadas, além de dois cadernos contendo anotações referentes à mercancia.

Assinale-se que a palavra dos policiais é plenamente válida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se admitindo que a condição profissional seja um entrave à prestação de testemunhos, ainda mais porque se submetem ao compromisso legal e se sujeitam, caso faltem com a verdade, às penas da Lei.

Neste contexto, pese a negativa do acusado, não há como desmerecer os depoimentos prestados pelos policiais militares e pelos policiais do DISE, mesmo porque enquanto estes foram firmes e coesos nas duas oportunidades, a versão apresentada pelo agente carece de verossimilhança. Frise-se que nada foi trazido aos autos que corroborasse sua exculpatória, em especial quanto a origem lícita do dinheiro apreendido ou ainda a terceira pessoa que o estaria acompanhando no quarto de hotel.

Outrossim, não consta dos autos prova de algum motivo para que os policiais o acusassem falsamente, inclusive apresentando os entorpecentes à autoridade policial somente para lhe atribuir graciosamente a autoria do crime, merecendo o por eles alegado total credibilidade, conforme, a propósito, pacífico entendimento jurisprudencial para casos semelhantes.

Seria um enorme contrassenso o Estado selecionar pessoas para atuar na segurança pública e, em um momento posterior, desconsiderar ou tomar com reservas seus testemunhos em juízo.

Ainda as demais testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório nada trouxeram aos autos que infirmasse a acusação ou desqualificasse desfecho adverso.

Como é cediço, não há necessidade de se flagrar transação comercial ilegal de drogas pelo agente para se ter como tipificada a conduta descrita no tipo penal a ele imputado, pois o ato de trazer consigo e manter em depósito para entrega posterior a terceiros já caracteriza o crime em questão.

Destarte, pelas circunstâncias fáticas acima expostas, em especial a quantidade de droga, além da quantia injustificada em dinheiro totalmente incompatível com a situação de vida do acusado, não há dúvida acerca do comércio nefando praticado por ele, sendo incogitável a absolvição pretendida.

Não prospera, da mesma forma, o pedido desclassificatório para o crime de porte para consumo pessoal. É certo que o fato de o sentenciado ser eventual usuário de entorpecentes não o exclui de estar também envolvido com o tráfico, pois é comum usuários praticarem o comércio ilegal exatamente para sustentar o próprio vício.

No que concerne ao procedimento dosimétrico, também não há reparo a ser feito.

Fixada a pena-base no patamar mínimo, na terceira etapa de estimação, o MM. Juiz a quo reconheceu o privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com a aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços).

E, a despeito dos argumentos levantados pelo Ministério Público, correta a aplicação de tal redutor, vez que o acusado é primário e ostenta bons antecedentes; e, conquanto ele tenha confessado informalmente a prática delituosa, não se produziu nos autos prova efetiva de que ele se dedicasse a atividades criminosas ou que integrasse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa, se encaixando plenamente na figura do pequeno traficante que a Lei buscou privilegiar.

Por fim, respeitando-se o entendimento do douto Juiz da origem, tem-se que a gravidade concreta do delito e o dano social que este provoca fazem com que o regime inicial aberto (tampouco o semiaberto) e a substituição por penas alternativas, ao menos no caso em tela, não se mostrem adequados para a repressão da conduta do recorrente, em especial pela natureza devastadora de maior parte das drogas apreendidas (cocaína).

Assim, altera-se para fechado o regime inicial e afasta-se a substituição por penas alternativas.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se parcial provimento ao recurso ministerial para fixar o regime prisional fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, cassando-se, por consequência, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

O acusado conquistou o direito de recorrer em liberdade da r. sentença. Assim, superado o prazo para a oposição de embargos, expeça-se mandado de prisão (fls. 160/163).

Com base nas provas dos autos, baseadas nos depoimentos dos policiais e na natureza da droga apreendida, a Corte estadual entendeu que a paciente praticava tráfico de drogas. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2.As pretensões de absolvição por insuficiência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução (HC 430.087/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 07/03/2018).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

[...]

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado (HC 414.049/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 27/03/2018).

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 estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), da fixação da pena-base no mínimo legal, bem como da aplicação da causa redutora (§4º do art. 33) na fração máxima, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

Ressalta-se, ainda, que apesar da cocaína ser uma droga de alto poder lesivo, a quantidade foi ínfima (1,16g), o que não justifica a imposição do regime mais gravoso.

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 direitos, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0124769-0

HC 451.738 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024895820158260495 24895820158260495

EM MESA

JULGADO: 21/06/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO ALVES DA GAMA

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.