

**HABEAS CORPUS Nº 486.547 - SP (2018/0345918-1)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO - SP324056**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : WEGO FELIX DOS SANTOS**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário e com pedido de liminar impetrado em favor de **WEGO FELIX DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 166 dias-multa, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e outra de 10 dias-multa.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte de origem, tendo sido denegada a ordem em acórdão assim ementado:

"*HABEAS CORPUS*. Inconformismo manifestado contra sentença condenatória transitada em julgado. Inviabilidade. Matéria que deve ser discutida em Revisão Criminal. Impropriedade da via eleita. Indeferimento liminar."

Neste *mandamus*, o impetrante sustenta haver coação ilegal, ante a fixação do regime fechado em dissonância com os enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do STJ.

Aduz que, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e pequena a quantidade de entorpecente apreendido, é cabível a definição de regime mais brando.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja alterado o regime inicial de cumprimento da reprimenda em regime aberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 71-73).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem para fixar o regime inicial aberto (e-STJ, fls. 99-100).

**É o relatório.**

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

O impetrante insurge-se contra o regime inicial fechado estabelecido pelo magistrado sentenciante nos seguintes termos:

"[...] Tratando-se de crime equiparado ao hediondo e tendo em vista que o delito em tela é instrumento de proliferação de outros crimes, evidenciando sua gravidade concreta, especialmente pela natureza da

droga, com elevada capacidade de dependência, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda [...]" (e-STJ, fls. 48-49.)

O Tribunal de origem manteve o modo mais severo em decisão assim motivada:

"[...] Entretanto, irresignação contra sentença condenatória definitiva deve ser buscada por Revisão Criminal (CPP, art. 621), o que impossibilita o conhecimento deste *habeas corpus*, via estreita de cognição que não admite discussão de matéria fática [...]" (e-STJ, fl. 60.)

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

*In casu*, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o regime aberto é o adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal.

Dessa forma, estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "c", do CP.

No mesmo sentido, veja-se este precedente:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. O quantum da condenação (3 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime

aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente." (HC 327.852/SP, rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. 1º/12/2015, DJe 9/12/2015.)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda (HC 470.485/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 4/2/2019).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem de ofício, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.  
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator