

**HABEAS CORPUS Nº 514.576 - SP (2019/0164598-4)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ - SP324246**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : SAMUEL GARCIA DE JESUS (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **SAMUEL GARCIA DE JESUS** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que "não obstante reconhecer a primariedade e bons antecedentes do coacto, o Tribunal Paulista, na fixação do regime inicial, desconsiderou as Súmulas 440 deste C.STJ e 718 e 719 do C.STF, mantendo o regime inicial semiaberto com base na gravidade em abstrato do delito" (e-STJ, fl. 4).

Pleiteia a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

**É o relatório.**

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Quando da definição 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 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 da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Saliente-se que o STF, no julgamento do HC 111.840/ES (j. 27/6/2012), declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado, prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade da ora paciente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendida – 28 (vinte e oito) pedras de crack (e-STJ, fl. 13) –, tem-se que o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito em tela.

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (pena não superior a 4 anos, crime

cometido sem violência ou grave ameaça, primariedade da agente e favorabilidade das circunstâncias judiciais), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP, a serem especificadas pelo Juízo da execução.

Ademais, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS (j. em 1º/9/2010), reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas nos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos". Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da execução.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 1ª Vara da Comarca de São Carlos/SP.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro **RIBEIRO DANTAS**  
Relator