

**HABEAS CORPUS Nº 515.251 - SP (2019/0167625-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : MAXIMIANO CARVALHO  
**ADVOGADO** : MAXIMIANO CARVALHO - SP057377  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GUILHERME DA COSTA NOGUEIRA

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GUILHERME DA COSTA NOGUEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de Direito desclassificou o delito de tráfico de drogas (artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06), imputado a Guilherme da Costa Nogueira, para o de porte de entorpecentes para uso próprio (artigo 28, “caput”, da Lei de Drogas), impondo-lhe a pena de prestação de serviços à comunidade.

O Ministério Público apelou perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso para condenar o paciente à pena de 1 e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 166 dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Neste *mandamus*, o impetrante sustenta haver ilegalidade na aplicação de regime fechado. Aduz que o paciente é primário, trabalhador, possui bons antecedentes e não é participante de associação criminosa.

Requer a concessão da ordem, liminarmente, para que o paciente aguarde em liberdade até que venha decisão final concedendo ao ordem para que possa cumprir a pena de restrição de direitos na forma do art. 44 do CP.

**É o relatório.**

Decido.

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.

Além disso, a concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, segundo o seguinte entendimento:

"O regime inicial não poderia ser outro que não o fechado.  
Justifico, com inteligência do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, conforme determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça.  
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 consumidor e que

virá a repercutir a toda a coletividade.

O regime intermediário não se coaduna com as graves consequências que a mercancia de substâncias entorpecentes causam, não só ao usuário, com uma rápida deterioração da sua saúde física e mental, mas também ao corpo social (deseestrutura familiar, estímulo à prática de outros crimes, como homicídios, latrocínios, extorsões etc.).

Ademais, natureza da droga apreendida, a cocaína, justifica, por si só, a fixação de regime mais severo para início do cumprimento da pena, pelo excessivo mal que pode causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários da droga traficada até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, conseqüentemente, periculosidade dos apelados, de modo a justificar o regime inicial imposto.

“A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, a aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública” (TJRS AC 687055624 Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda RJTJRS 130/154).

O tráfico, se não combatido com destemor, incute sentimento de insegurança e descrédito. De que vale o trabalho honesto e, não raro, remunerado de maneira indigna, se o traficante condenado recebe punição branda? Isso repugna, sem dúvida, o senso médio do cidadão. Pelos mesmos motivos, não fazem jus à substituição de sua pena privativa de liberdade por restritivas de direitos”(e-STJ, fls. 8-16).

A obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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.

Com efeito, a teor da Súmula 440 do 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". No mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do STF estabelecem que o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

"Súmula 718 do STF: 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."

"Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, segundo se observa, a imposição do regime inicial fechado tem como fundamento a gravidade abstrata do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (HC 382.300/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 14/3/2017).

Com efeito, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e a reparação do delito, nos termos do art. 33 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido: HC 339.471/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2015, HC 320.015/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 15/09/2015 e HC 239.685/MG, Rel. Min. MARILZA MAYNARD - Desembargadora convocada do TJ/SE, Sexta Turma, DJe 19/12/2013, dentre outros.

Nesse contexto, é forçoso concluir que a pretensão do impetrante reveste-se de fumaça do bom direito com densidade suficiente a autorizar a concessão da liminar postulada.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para que o paciente aguarde no regime aberto o julgamento definitivo deste *habeas corpus*, salvo, evidentemente, se por outro motivo estiver preso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Vara Única da Comarca de Nova Granada- SP.

Remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator