

**HABEAS CORPUS Nº 515.688 - SP (2019/0170129-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : JAIR FERREIRA MOURA  
**ADVOGADO** : JAIR FERREIRA MOURA - SP119931  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MARCELO HENRIQUE DA SILVA (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCELO HENRIQUE DA SILVA**, contra decisão do Desembargador Relator do writ originário que indeferiu o pleito liminar.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido deferido ao réu o recurso em liberdade.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual, tendo sido indeferido o pedido liminar.

Neste writ, o impetrante alega ilegalidade na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena do paciente, embora reconhecidas as suas condições pessoais favoráveis e aplicado o redutor da Lei de Drogas em seu benefício.

Requer, assim, a superação do óbice previsto na Súmula 691 do STF para que seja concedida a ordem, inclusive liminarmente, para que seja o paciente colocado em regime aberto.

**É o relatório.**

**Decido.**

Inicialmente, tem-se que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada (Súmula 691/STF). Sobre o tema: AgRg no HC 285.647/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 25/8/2014; AgRg no HC 321.554/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/5/2015.

Contudo, considerando as relevantes questões levantadas neste *habeas corpus*, entendo que é o caso de superação do referido óbice sumular, para que seja processada a presente ordem e apreciado o pedido liminar.

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

Na espécie, entendo presente pressuposto autorizativo da concessão da tutela de urgência pretendida.

O Juiz de Primeiro Grau determinou o cumprimento da pena em regime fechado, nos seguintes termos:

"Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o réu MARCELO HENRIQUE DA SILVA, qualificado nos autos, à pena de um (1) ano e oito (8) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no

valor unitário mínimo, como incursos no artigo 33, “caput”, e §4º, da Lei 11.343/06, devendo, após o trânsito em julgado, ter seu nome lançado no rol dos culpados. Em prosseguimento, ABSOLVO o réu do delito previsto no art. 329 do Código Penal, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Tratando-se de crime de tráfico de entorpecente, delito grave e que exige reprimenda severa, equiparado a hediondo, fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena. Aliás, o poder de disseminação da droga e a cadeia de delitos que lhe circundam não permite outra conclusão a não ser o regime mais gravoso.

(...)” (e-STJ, fl.30)

Esta Corte Superior, ao alinhar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012), passou a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera fundamentação *ope legis*, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados.

Do mesmo modo, tem-se decidido que considerações genéricas a respeito da gravidade abstrata, do desassossego e da intranquilidade causada à sociedade pelo delito de tráfico de drogas, não são argumentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido no Código Penal (art. 33, §§ 2º e 3º).

Saliente-se que, “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” (Súmula 440/STJ). Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea” (Súmula 719/STF).

*In casu*, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. O paciente é primário e sua pena definitiva é inferior a 4 (quatro) anos. Além disso, com ele foi apreendida pequena quantidade de entorpecentes: 59, 04g de cocaína.

Assim, em exame perfunctório, vislumbro a existência de constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado.

À vista do exposto, **defiro a liminar** para permitir ao paciente aguardar o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime aberto.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba -SP, solicitando-lhes as informações necessárias.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator