

HABEAS CORPUS Nº 493.913 - SP (2019/0046157-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : MARCELO CAMPOS BARBOSA
ADVOGADO : MARCELO CAMPOS BARBOSA - SP274129
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDILAINE APARECIDA DE OLIVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDILAINE APARECIDA DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que, no julgamento da Apelação n. 0001225- 98.2017.8.26.0571, manteve a pena de 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, conforme imposta na sentença condenatória.

Sustenta o impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a fixação do regime fechado foi baseada, tão somente, na gravidade genérica do delito.

Salienta que a paciente preenche os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Evoca os enunciados das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem constitucional para que seja expedido o contramandado de prisão em favor da paciente e, no mérito, a fixação do regime aberto e a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos

É o relatório.

A princípio, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem em sede de apelação, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

O pleito formulado na impetração, entretanto, é dotado de plausibilidade jurídica, circunstância que autoriza a atuação *ex officio* desta Corte Superior de Justiça.

Com efeito, estabelecida a pena-base no mínimo legal e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, a fixação do regime fechado com base na gravidade abstrata do delito não encontra mais respaldo na jurisprudência das Cortes Superiores, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a quantidade de substância entorpecente encontrada em poder da paciente não revela maior gravidade que justifique a imposição de regime diverso dos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal para a reprimenda imposta no caso.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA

PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

1. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

2. Hipótese em que o regime semiaberto foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base na natureza e quantidade de droga apreendida.

Verificando-se inexpressiva a quantidade de entorpecentes apreendida, deve ser afastado tal fundamento.

3. In casu, constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 371.412/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017)

Ante o exposto, **defere-se** a liminar para determinar que a paciente aguarde no regime aberto o julgamento do mérito da impetração, sem prejuízo da sua colocação em modo mais gravoso por causa idônea superveniente.

Solicitem-se informações ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

Com as informações, dê-se vista ao Ministério Público Federal.
Publique-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator