HABEAS CORPUS Nº 514.925 - SP (2019/0166571-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ANDRÉ VICENTINI GAZAL - SP208995
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCOS PAULO ELVIS SANTOS DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MARCOS PAULO ELVIS SANTOS DA SILVA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação Criminal n. 0003435-02.2016.8.26.0590.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesta via, sustenta a impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação para justificar a fixação do regime inicial semiaberto, sendo devida a alteração do modo prisional para o aberto, aduzindo, ainda, ser cabível a conversão da sanção privativa por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para que o paciente possa cumprir a pena em regime aberto e seja substituída a pena privativa 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, a pena-base no mínimo legal, inexiste fundamentação idônea a justificar o regime prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito, visto que 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 do 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 apenas para determinar que o paciente aguarde no regime aberto o julgamento do mérito da impetração**, sem prejuízo da sua colocação em modo prisional mais gravoso por causa idônea superveniente.

Necessário sejam solicitadas informações ao Tribunal impetrado e ao Juízo singular, que deverão trazer aos autos notícias atualizadas acerca da situação prisional do paciente e, se houver, senha para acesso ao andamento do respectivo processo.

Com as informações, abra-se vista ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator