HABEAS CORPUS Nº 504.401 - SP (2019/0106252-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS - SP232510
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSENILSON DOUGLAS BISPO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSENILSON DOUGLAS BISPO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0085943-39.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º grau, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 55/62).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 63/70), por acórdão assim ementado:

> *Apelação. Crime de tráfico de drogas. Autoria, materialidade e traficância demonstradas. Provas suficientes para mantença da condenação. Sanção penal sem alterações. Não provimento ao recurso.*

No presente *mandamus* (fls. 3/26), a impetrante sustenta que o Tribunal *a quo* manteve constrangimento ilegal imposto ao paciente pela sentença condenatória, pois deixou de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, a despeito de estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício. Argumenta que *a quantidade no presente caso e não era expressiva – 30 (trinta) invólucros plásticos, contendo 28g(vinte e oito gramas) de "cocaína", 62 (sessenta e duas) embalagens plásticas, contendo 10,2g (dez gramas e dois decigramas)*

de "cocaína-crack", 07 (sete) embalagens contendo lança perfume, 01 (um) invólucro plástico contendo 0,9g (nove decigramas) de "maconha" e *afirmar que isto, por si só, comprova a dedicação do réu a atividades criminosas implica no emprego de presunção, impedida pela norma em comento* (fl. 8).

Uma vez reduzida a pena aplicada, aduz que o paciente faz jus ao regime inicial aberto, quer pela aplicação do disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, quer pela aplicação da detração pena, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Por fim, aponta estarem preenchidos os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme art. 44 do Código Penal.

Ao final, liminarmente, requer a aplicação do regime inicial aberto e, no mérito, a incidência do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, a confirmação do pedido liminar e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No caso, ao menos em juízo de cognição sumária, não verifico manifesta ilegalidade apta a justificar o deferimento da medida de urgência, sendo necessário aprofundado exame dos autos para a aferição de eventual constrangimento ilegal, notadamente se considerado que o regime inicial semiaberto já foi aplicado pelo Tribunal *a quo,* o qual está adequado à pena de 5 anos de reclusão, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Ademais, o pedido liminar confunde-se com o próprio mérito

da impetração, o qual deverá ser analisado em momento oportuno, após parecer ministerial, por ocasião do julgamento definitivo do *habeas corpus* pelo colegiado.

Ante o exposto, **indefiro** a liminar.

Devidamente instruído, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator