HABEAS CORPUS Nº 512.261 - SP (2019/0151005-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JOYCE SANTOS DE OLIVEIRA PALMA RESENDE - SP275703
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WILKER FERNANDO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA ABAIXO DE 4 ANOS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO MÁXIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER ACOLHIDO.
Ordem concedida, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Nos Autos n. 0000078-86.2018.8.26.0608, o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Franca/SP condenou **Wilker Fernando de Souza** à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

A Quinta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento à apelação da defesa, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Sobreveio, então, o presente *habeas corpus*, em que a Defensoria Pública argumenta, em resumo, que, *na fundamentação da sentença e do acórdão, as razões ventiladas para a negativa na fixação de regime menos severo* [...] *foram a Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990 e a gravidade abstrata do delito* (fl. 7)*;* bem como que o acórdão não trouxe argumentação idônea para afastar a substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

Requer, inclusive em liminar, seja fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por restritivas de direitos, assim como seja aplicada a detração.

Deferi a liminar para determinar que o paciente inicie o cumprimenro da reprimenda em regime aberto (fls. 54/56).

Informações prestadas (fls. 64/65, 68/69 e 74/75).

Parecer do Ministério Público opinando pela concessão da ordem, de ofício (fls. 98/104):

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES NA FORMA PRIVILEGIADA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. POSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO. ART. 44 DO CP. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO-CONHECIMENTO DO WRIT E PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

É o relatório.

No caso, há constrangimento ilegal a ser sanado.

O Juízo de primeiro grau fixou o regime semiaberto, considerando a quantidade de pena aplicada (fl. 37).

O Tribunal paulista, ao tratar do tema, expôs o seguinte (fls. 46/47 – grifo nosso):

> [...]
> Não é caso de abrandamento do regime prisional, porque o intermediário revela-se adequado à espécie, individualizado como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, tanto por fundamento na Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, **quanto pelo desfavorecimento das circunstâncias e consequências fáticas concretamente recolhidas dos autos (elevada quantidade de drogas, além de o flagrante policial ter ocorrido em conhecido ponto de traficância). Soma-se a isso a circunstância de o réu ter sido detido enquanto respondia criminalmente por delito da mesma espécie (certidão de fls. 149)**.
> Diante das circunstâncias concretas desfavoráveis, não há que se cogitar em ofensa às Súmulas 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, tampouco à Súmula 440, do Superior Tribunal de Justiça.
> Frise-se, por outro lado, que o preceito inserto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, terá incidência em hipóteses excepcionais, em que o período de prisão cautelar for computável a ponto de justificar o imediato amainamento do regime prisional, o que não é o caso em testilha.
> Os autos em apreço não contam com informações suficientes a respeito do efetivo tempo em que o acusado se manteve provisória e especificamente preso por

> este processo, circunstâncias que tornam temerário qualquer cálculo detrator na fase de conhecimento, sem deslembrar, paralelamente, da impossibilidade de apreciação de eventual progressão de regime.
>
> [...]

Conforme adiantei na decisão em que apreciei o pedido liminar, mostra-se desproporcional o agravamento realizado quanto ao regime, revelando-se mais adequada, na hipótese, a adoção do regime inicial aberto, uma vez que, somado ao fato de se tratar de paciente primário – que teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal –, foi ele condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, além disso a quantidade de droga apreendida não evidencia o tráfico de grandes proporções (107,53 g de maconha).

Convém destacar que *a jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não servem de base para valorar negativamente os antecedentes, a conduta social ou a personalidade do acusado e, por consectário, não permitem a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de sanção corporal estabelecido (Súmula 444/STJ)* – (HC n. 454.657/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 24/8/2018).

Quanto à pretendida substituição da pena, *sendo o paciente tecnicamente primário, a existência de ação penal em curso não se revela fundamento idôneo para obstar o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, preenchidos seus requisitos, nos termos do art. 44 do Código Penal* (AgRg no HC n. 473.479/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/3/2019).

Dessa forma, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso, mostra-se suficiente. Reafirmo, a pena foi estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais. Além disso, como já dito, não se mostra expressiva a quantidade de droga apreendida.

Ante o exposto, acolho o parecer e **concedo a ordem** a fim de estabelecer o

regime aberto para o cumprimento da pena imposta à paciente na Ação Penal n. 0000078-86.2018.8.26.0608, da 2ª Vara Criminal da comarca de Franca, bem como para substituir a reprimenda por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo competente.

Intime-se o Ministério Público estadual desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator