HABEAS CORPUS Nº 481.125 - SP (2018/0316316-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NICOLAS CARDOSO ARRUDA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **NICOLAS CARDOSO ARRUDA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi sentenciado à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, oportunidade na qual foi permitido a ele recorrer em liberdade.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva e determinou a imediata expedição de mandado de prisão, para início de cumprimento da pena.

Neste *habeas corpus*, o impetrante sustenta que, "para evitar o absurdo de prender em regime fechado uma pessoa que tem direito a cumprir pena restritiva de direitos ou no regime aberto, libera-se-o até o julgamento do REsp interposto contra a absurda decisão nesse sentido" (e-STJ, fl. 8).

Pleiteia seja revogada a determinação de prisão da paciente, para que aguarde o julgamento do recurso especial em liberdade ou, subsidiariamente, para que cumpra pena antecipadamente no regime aberto.

O pedido liminar foi indeferido.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

O impetrante se insurge contra a determinação de imediata expedição de mandado de prisão contra o paciente, para início de cumprimento de sua pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado.

Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP, em acórdão assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

> PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria."
> (ARE 964246 RG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, DJe de 25/11/2016)

Contudo, no caso dos autos, entendo que há, realmente, plausibilidade nas alegações do impetrante, de modo a justificar a concessão da ordem.

Isso porque o paciente, condenado à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, teve o regime prisional fixado no fechado e veda a substituição da pena por restritivas de direitos, pelos seguintes fundamentos:

> "Observando-se os elementos norteadores contidos nos artigos 59 e 60 do Código Penal e ainda o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, reputa-se que não haja elementos que autorizem a majoração da pena do réu, dada a quantidade e o tipo de droga encontrada em seu poder.
> A atenuante da menoridade não surtirá efeitos, pois a pena- base já foi fixada em seu mínimo legal.
> Em atenção ao artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, que inovou ao estabelecer causa de diminuição de pena calcada na primariedade e bons antecedentes do acusado que não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, reduzo as penas no máximo, estabelecendo-as em definitivo em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.
> Reputa-se que apenas a quantidade da droga encontrada em poder do réu não justifique a não incidência da causa de diminuição de pena, na medida que nada há nos autos de concreto a demonstrar vínculo do réu com o crime organizado.
> Com efeito, a quantidade com ele encontrada não é exorbitante, a demonstrar, por si só, relação com criminosos de maior poder econômico e, portanto, vinculados ao crime organizado.
> Quanto ao regime de pena, declarada a inconstitucionalidade incidental do preceito legal que determina a adoção de regime inicial fechado (STF, HC 111.840/ES), passa-se à análise da questão. Com efeito, entende-se que seja aplicável regime mais severo do que aquele que o seria com base no simples valor aritmético da pena ora aplicada. Isto porque, conforme já dito anteriormente, quando da primeira fase da dosimetria da pena, o réu foi surpreendido na posse de quantidade relevante de entorpecente, tratando-se daquele que maior risco representa para a sociedade, pois causador de maior dependência química, sendo assim mais nocivo para a saúde pública, bem jurídico tutelado pelo legislador. Frise-se, por fim, que o delito

> ora em questão é daqueles que mais desassossego traz para a sociedade paulistana, tendo em vista ser crime potencializador de outros delitos, já que boa parte dos agentes comete crimes sob efeito de drogas ou para quitação de dívidas oriundas da aquisição de entorpecentes. Por tais motivos, fixo o regime fechado como inicial para cumprimento da pena. Neste sentido: STJ, RHC 37.637/SP, 5ª Turma, rel. Min. Moura Ribeiro." (e-STJ, fls. 30-31)

Extrai-se, ainda, do acórdão impugnado:

> "As bases foram fixadas mínimos de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa; sem alterações na segunda fase, pois a atenuante da menoridade (fl. 25) não tem o condão de reduzir as penas aquém dos patamares (Súmula nº 231 do C. STJ).
> Na derradeira fase, fica preservada a fração máxima do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 por ausência de impugnação do Ministério Público (vedada a reformatio in pejus) resultando as penas definitivas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.
> O regime inicial fechado deve ser mantido, pois no caso sub judice a gravidade concreta da conduta já minuciosamente analisada desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal).
> Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, independentemente da quantificação da pena-base.
> De outra parte, não obstante a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS (Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.09.2010), reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, sedimentada pela Resolução nº 5/2012, do Senado Federal (que suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserta no § 4º do art. 33 do referido diploma legal), o apelante, pelas razões acima apontadas, também não faz jus à almejada substituição, nos termos do artigo 44, III, do Código Penal.
> Em epílogo, de rigor a decretação do perdimento dos valores apreendidos, nos termos do artigo 63 da Lei nº 11.343/06, por ser produto de crime e inexistir qualquer demonstração documentada de origem lícita." (e-STJ, fls. 42-43)

Em se tratando de réu primário e sem antecedentes, que foi preso em flagrante com 62,3g (sessente a dois gramas e três decigramas) de maconha, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal e aplicada a causa de diminuição em seu patamar máximo, verifico que há real possibilidade de que o recurso especial interposto venha a ser provido para possibilitar o cumprimento da pena em regime aberto e a sua substituição por penas restritivas de direitos.

Corroborando esse entendimento, o seguinte precedente:

> "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.

> 11.343/2006. FRAÇÃO (1/3). NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. READEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal (Súmula n. 440/STJ).
> 6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa , bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução."
> (HC 391.148/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Portanto, tenho que o caso autoriza a excepcional concessão da ordem.

Ante o exposto, **concedo** o *habeas corpus* para permitir ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 20ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator