

HABEAS CORPUS Nº 515.176 - SP (2019/0167408-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO : SÉRGIO AFONSO MENDES - SP137370
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIZABETE FREZE DA SILVA
PACIENTE : JEAN LUCAS DONANGELO
PACIENTE : CLOVIS ELÓI DE MORAES JUNIOR

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ELIZABETE FREZE DA SILVA, JEAN LUCAS DONANGELO e CLOVIS ELÓI DE MORAES JUNIOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0008658-76.2017.8.26.0047.

Consta nos autos que os Pacientes foram denunciados pela prática, em tese, dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, c.c. o art. 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, porque tinham em depósito e guardavam, 8 (oito) porções de cocaína, pesando 5,45g (cinco gramas e quarenta e cinco centigramas), e 1 (uma) porção de maconha, com peso de 4,32g (quatro gramas e trinta e dois centigramas).

Sobreveio sentença que os condenou, como incursos nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas iguais de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. As reprimendas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desproveu os recursos da Defesa e deu parcial provimento ao apelo ministerial para redimensionar as penas dos Acusados para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por infração ao disposto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Em suas razões, o Impetrante aponta que a finalidade do presente *habeas corpus* é manter os Pacientes em liberdade até o trânsito em julgado da apelação. Afirmar que foi determinada a imediata expedição de mandado de prisão sem qualquer fundamentação.

Requer a concessão da medida liminar para que os Pacientes possam aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

É o relatório inicial.

Passo à análise do pedido urgente.

Na hipótese, a Corte local, ao julgar os recursos de apelação, determinou a execução provisória da pena nos seguintes termos (fl. 27):

"No mais, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (HC nº 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki) no sentido de que os Recursos Extraordinário e Especial não possuem efeito suspensivo, salvo expressamente requerido segundo o novo CPC, aliado ao fato de ter sido fixado o regime fechado para o início da expiação, fica determinada a expedição de mandado de prisão em desfavor de Clóvis, Jean e Elizabete."

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria 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" (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Mostra-se devida a imposição do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, do Código Penal quando verificado que o agravante teve a pena-base estabelecida acima do mínimo legal.

2. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal).

3. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias - como no caso -, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado

da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1.058.790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018, sem grifos no original.)

Portanto, em uma primeira análise, quanto à execução provisória da pena, conclui-se que não há constrangimento ilegal a ser sanado, pois a expedição de mandado de prisão após o exaurimento da instância ordinária está em conformidade com a jurisprudência atualmente dominante, mormente quando a Defesa, embora tenha noticiado, não logrou demonstrar ter, de fato, oposto embargos de declaração.

Em consulta à página oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na *internet*, também não consta a oposição de embargos declaratórios contra o acórdão proferido em grau de apelação.

No entanto, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional.

Na hipótese, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado nos seguintes termos (fl. 26):

"O regime inicial fechado é o único adequado em face do Princípio da Suficiência Penal, mormente porque se trata do delito de tráfico de entorpecentes, o que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente."

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena nestes crimes, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesse sentido:

"[...]"

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das

expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: 'Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.

5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Na hipótese, verifico que o regime apropriado é o **semiaberto**, conforme o art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, que dispõe que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto*".

Nesse contexto, DEFIRO, em extensão diversa, o pedido liminar para assegurar aos Pacientes o cumprimento da pena imposta no **regime inicial semiaberto** até o julgamento definitivo deste *writ*.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de origem, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis, inclusive junto ao Juízo das Execuções Penais.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem, nas quais deverão constar, ainda, as respectivas senha ou chave de acesso para consulta ao andamento

processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

