

HABEAS CORPUS Nº 547.869 - SP (2019/0353443-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL AUGUSTO RIGHI DIAS DA COSTA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de GABRIEL AUGUSTO RIGHI DIAS DA COSTA apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta do autos que, em decorrência da apreensão de 29 porções de maconha em poder do paciente, pesando aproximadamente 91g (noventa e um gramas), o Magistrado de piso o condenou à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Na ocasião foi fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, bem como concedido o direito de recurso em liberdade e determinada a expedição de alvará de soltura em favor do paciente (e-STJ fls. 60/67).

A defesa e o Ministério Público estadual interpuseram apelação. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento à apelação ministerial para afastar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pelo crime de tráfico de drogas, fixado o regime fechado para resgate da reprimenda. Como consequência, também foi afastada a substituição de pena e determinada a expedição de mandado de prisão após esgotadas as vidas recursais naquela instância (e-STJ fls. 26/33).

Nas razões do presente *writ*, a impetrante aponta constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena e de não ter sido aplicada a causa especial de diminuição da reprimenda, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Assevera, ainda, que o fundamento utilizado pelo Tribunal *a quo* de que não seria o caso de ser aplicada a minorante prevista no referido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois "a existência de passagens anteriores do paciente em procedimentos de apuração de atos infracionais não poderão servir de supedâneo válido para presumir o seu envolvimento com a criminalidade, porquanto tal circunstância, por si só, não é capaz de afetar a esfera penal, sendo que o paciente será considerado primário independentemente do número de procedimentos que possuía na Vara da Infância e Juventude na época de sua adolescência" (e-STJ fl. 8).

Argumenta que a gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado, sobretudo no caso em tela, no qual todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente. Ademais, os enunciados 719 da Súmula do STF e 440 da Súmula do STJ impedem a fixação de regime mais gravoso do que a quantidade de pena aplicada permitir, sem que haja motivação idônea para tanto.

Por fim, ressalta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante disso, requer a concessão de liminar, ao paciente, "autorizando que ele aguarde em liberdade ou em regime aberto até o julgamento definitivo da ordem" (e-STJ fl. 23).

No mérito, requer a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como a fixação do regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

In casu, vislumbro a ocorrência de patente ilegalidade, o que impõe a concessão da tutela cautelar pleiteada.

Na hipótese, a Corte de origem deu provimento à apelação do Ministério Público, para afastar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e impor regime prisional fechado, determinando a expedição de mandado de prisão após esgotada a possibilidade de recurso na instância ordinária, tecendo, para tanto, a seguinte motivação (e-STJ fls. 30/33):

No caso em apreço, em que pese GABRIEL seja primário e ostente bons antecedentes, ele próprio confessou ostentar três atos infracionais por fatos análogos ao crime de tráfico de drogas, além da razoável quantidade da droga (repita-se: 29 porções de maconha, pesando cerca de 91g), somadas às circunstâncias do crime (prisão em flagrante em local conhecido como ponto de tráfico e confissão judicial), indicam, seguramente, a constância na prática delituosa, inviabilizando a incidência do redutor. Tais fatos demonstram sua dedicação ao tráfico de drogas.

Assim, deve ser afastado o redutor aplicado na r. sentença apelada, tornando as penas de GABRIEL definitivas em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, que se mostram como necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime.

Foi fixado o regime inicial aberto e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO requer o agravamento para o fechado, e o faz com razão. Afinal, deve ser levado em conta as circunstâncias em que o crime foi cometido, onde foi apreendida razoável quantidade de droga, o que não autoriza a imposição de regime mais brando, revelando a audácia e perigosidade incomum de GABRIEL que se dedicava ao tráfico de drogas em via pública e em plena luz do dia.

Com a majoração da pena, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto a maconha, vale lembrar os ensinamentos de CARLOS FERNANDES SANDRIN e JAQUES DE CAMARGO PENTEADO (Drogas: Imputabilidade e Dependência, Edições APMP, São Paulo, 1994, p. 23), no sentido de que um “fininho” de maconha pesaria em média 0,76g, com isso, os 91 g apreendidas seriam suficientes para a confecção de mais de 119 “fininhos”, que serviriam para o consumo de número razoável de usuários

Tal circunstância não pode ser desprezada no momento da análise da incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 e fixação do regime prisional.

Por fim, resta consignar que GABRIEL foi preso em flagrante delito, sendo expedido Alvará de Soltura quando da prolação da r. sentença condenatória, contudo, seguindo recente orientação do Plenário do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que no julgamento do HC nº 126.292/SP, em Sessão realizada em 17.02.2016, por maioria

de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, considerando o agravamento do regime prisional para o fechado, deve ser expedido Mandado de Prisão para cumprimento da pena privativa de liberdade, após esgotadas as vias ordinárias para interposição de eventuais recursos nesta Instância, valendo consignar que o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, prevê efeito apenas devolutivo aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

Ante todo o exposto, NEGO PROVIMENTO à Apelação interposta por GABRIEL AUGUSTO RIGHI DIAS DA COSTA, qualificado nos autos e, DOU PROVIMENTO ao apelo do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO para afastar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, resultando as penas em 05 (cinco) anos de reclusão e, 500 (quinhentos) dias-multa, bem como para agravar o regime de cumprimento de pena para o fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mantendo, no mais, a r. sentença apelada por seus próprios fundamentos, expedindo-se Mandado de Prisão para cumprimento da pena privativa de liberdade, após esgotadas as vias ordinárias para interposição de eventuais recursos nesta Instância.

Conforme se observa, o regime fechado foi fixado, em princípio, sem fundamentação idônea, desrespeitando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e no enunciado da Súmula n. 440 desta Casa:

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.

Nesse mesmo sentido, os enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, considerando o *quantum* da condenação (5 anos de reclusão), a primariedade do paciente e a quantidade de entorpecente apreendido (29 porções de maconha, pesando aproximadamente 91g), deve ser conferido o regime

imediatamente menos gravoso.

No que tange à determinação do Tribunal *a quo* para expedição de mandado de prisão após esgotadas as vias recursais naquela instância, imperioso ressaltar que tal entendimento foi revisto pelo Supremo Tribunal Federal.

No dia 7/11/2019, o Pretório Excelso, por maioria, quando do julgamento definitivo das ADCs n. 43, 44 e 54, julgou procedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Em outras palavras, definiu o Supremo Tribunal Federal que, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena (ADCs n. 43, 44 e 54, Tribunal Pleno, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 7/11/2019, ata de julgamento publicada em 11/11/2019).

Na hipótese, considerando-se a nova orientação da Suprema Corte acerca da questão e os fatos de: a) o paciente, não obstante ter respondido a ação penal custodiado, ao ser condenado pelo Juízo de origem, ter a seu favor a concessão de liberdade, com expedição de alvará de soltura; b) bem como de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação; c) além de sua nova determinação de custódia ter decorrido exclusivamente de execução provisória da pena outrora permitida; vislumbro, nesse momento, a existência de constrangimento ilegal a ser sanado.

À vista de tais pressupostos, **defiro a liminar postulada**, permitindo que **o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação**, bem como **para assegurar o direito ao regime semiaberto até o julgamento definitivo do presente *habeas corpus***, ressalvada a possibilidade de estar preso por outro motivo ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, bem como o envio da senha para acesso às informações processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Superior Tribunal de Justiça

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator