



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.276 - SP (2016/0332641-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON ALEX MAZZEI DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DE ACLARATÓRIOS DA DEFESA. EFEITO SUSPENSIVO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para igual a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final igual a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora. Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964246, **que teve repercussão geral reconhecida**. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

4. Embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, encontra-se pendente o julgamento, pelo Tribunal *a quo*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos embargos de declaração opostos pela defesa, cujo efeito suspensivo impede, por ora, a expedição da ordem de prisão, vez que ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau.

5. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, e fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – a serem fixadas pelo Juízo das Execuções –, bem como para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.276 - SP (2016/0332641-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON ALEX MAZZEI DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de EMERSON ALEX MAZZEI DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0000801-97.2013.8.26.0344).

Segundo se colhe dos autos, o paciente foi absolvido, em primeiro grau de jurisdição, da prática descrita no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (fls. 13/16).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* deu provimento, em acórdão assim ementado (fl. 18):

TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
OBJETIVA REVERTER ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU
ENTENDENDO SUFICIENTE A PROVA COLIGIDA - ACOLHIMENTO -
CONJUNTO PROBATÓRIO APTO PARA JUSTIFICAR A
CONDENAÇÃO - PERDIMENTO DOS BENS - INTELIGÊNCIA DO
ART. 63 DA LEI Nº 11.343/06 - RECURSO PROVIDO.

Narra a impetrante que "o V. Acórdão condenatório foi anulado com a concessão de ordem de *habeas corpus* concedido pelo C. Superior Tribunal de Justiça (HC 362.759 SP), diante da nulidade por ofensa ao princípio da correlação, consistente na não aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06".

Em novo julgamento, o Tribunal de origem, mais uma vez, proveu o recurso ministerial, condenado o paciente à pena de **4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **486 dias-multa**, aplicando o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 em seu patamar mínimo, em acórdão assim fundamentado no que interessa:

(...)

Passo, então, a análise da dosimetria das penas.

I- Primeira fase: fixo a pena-base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

II- Segunda fase: ante a ausência de atenuantes ou agravantes, a reprimenda não se altera.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III- Terceira fase: incide a causa de aumento prevista no art 40, VI, da Lei nº 11.343/06, na proporção de 1/6 (um sexto), uma vez que envolveu a efetiva participação de menor de 18 anos, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa no valor unitário mínimo legal.

Nesta mesma fase, como pretendido nas razões recursais, deve ser outorgada a causa de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, na sua fração mínima de 1/6, resultando em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo.

A expressiva quantidade de cocaína apreendida, de acordo com o intuito do legislador, mostra-se idônea para impedir a aplicação do benefício, uma vez denotadora de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, ou vem se dedicando com habitualidade ao tráfico, (...).

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, o que não é o caso. Trata-se de mecanismo que fornece ao Magistrado maior amplitude e liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo transgressor, prestigiando o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental insculpido no artigo 5º, XLIV, da CF.

A *mens legis* da Lei nº 11,343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda ou que é flagrado na posse de expressiva quantidade, denotadora de comprometimento com criminalidade organizada. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República.

Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico.

A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

Essas circunstâncias, portanto, demonstram ser inadmissível a concessão do benefício do redutor.

E, nessa ordem de idéias, se considero inadmissível a outorga da benesse, limitado ao pleito do Ministério Público em razões recursais, opto pela aplicação da fração mínima de diminuição, como medida suficiente e necessária, à reprovação e prevenção do crime.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em tela, **a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela natureza e expressiva quantidade de estupefacientes apreendidos**, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos.

(...)

Inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja em razão da quantidade de pena, seja porque se trata de medida absolutamente incompatível com a natureza do crime de tráfico.

A impossibilidade de se aplicar a substituição ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.

Não obstante, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para impor sanções restritivas de direitos a condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país, ainda que seja hipótese de concessão do redutor previsto no § 4º, do art 33 da Lei nº 11.343/06.

Não se pode olvidar, outrossim, que foi editada recentemente pelo Col. Superior Tribunal de Justiça a Súmula nº 512, segundo a qual "A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas".

Ante o exposto, dou provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público para condenar Emerson Alex Mazzei da Silva ao cumprimento de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, *caput*, c. c. os arts. 33, § 4º e 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/06, e decretar o perdimento dos R\$10,00 (dez reais) obtidos com o tráfico (fls. 39/46) (grifou-se).

No presente *mandamus*, a impetrante aduz que a execução provisória da pena foi determinada sem o esgotamento das vias recursais admitidas, cerceando a liberdade do paciente.

Sustenta que o paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Defende a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, seja reduzida a pena na fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, estabelecido o regime menos gravoso, bem como determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A liminar foi indeferida às fls. 53/56.

Foram prestadas informações às fls. 60/146 e 149/193.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Ana Borges Coêlho Santos, pela concessão parcial da ordem (fls. 208/216).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.276 - SP (2016/0332641-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DE ACLARATÓRIOS DA DEFESA. EFEITO SUSPENSIVO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para igual a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final igual a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora. Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964246, **que teve repercussão geral reconhecida**. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

4. Embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, encontra-se pendente o julgamento, pelo Tribunal *a quo*, dos embargos de declaração opostos pela defesa, cujo efeito suspensivo impede, por ora, a expedição da ordem de prisão, vez que ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau.

5. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, e fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos – a serem fixadas pelo Juízo das Execuções –, bem como para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Para melhor deslinde da controvérsia, cumpre transcrever excerto do aresto guerreado:

A expressiva quantidade de cocaína apreendida, de acordo com o intuito do legislador, mostra-se idônea para impedir a aplicação do benefício, uma vez denotadora de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, ou vem se dedicando com habitualidade ao tráfico, (...).

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, o que não é o caso. Trata-se de mecanismo que fornece ao Magistrado maior amplitude e liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo transgressor, prestigiando o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental insculpido no artigo 5º, XLIV, da CF.

A *mens legis* da Lei nº 11,343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda ou que é flagrado na posse de expressiva quantidade, denotadora de comprometimento com criminalidade organizada. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República.

Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico.

A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

Essas circunstâncias, portanto, demonstram ser inadmissível a concessão do benefício do redutor.

E, nessa ordem de idéias, se considero inadmissível a outorga da benesse, limitado ao pleito do Ministério Público em razões recursais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

opto pela aplicação da fração mínima de diminuição, como medida suficiente e necessária, à reprovação e prevenção do crime (fls. 39/42) (grifou-se).

Verifica-se que a Corte de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo.

Ora, embora se trate de cocaína, o *quantum* apreendido – 9,4 g (fl. 10) – não se mostra expressivo a ponto de ensejar a aplicação da minorante em patamar inferior ao máximo.

Nesse contexto, a meu ver, há ilegalidade, porquanto a existência de uma graduação de 1/6 a 2/3 reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto.

É certo que, em regra, o *habeas corpus* não é a via adequada para se discutir pena, entretanto, em casos deste jaez, em que a ilegalidade é flagrante, não se mostra impróprio. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no quantum de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 373.561/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. In casu, as instâncias de origem afastaram a aplicação do benefício em razão das circunstâncias do caso concreto, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa. Entretanto, a quantidade da referida droga não é relevante, impondo a sua incidência.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal.

(HC 363.309/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017)

Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3, sendo imperioso o redimensionamento da pena.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda etapa da dosimetria, mantenho a pena no mesmo patamar, ante a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira fase, aplico a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo (2/3), o que perfaz 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Faço incidir, ainda, a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei Antidrogas, no patamar de 1/6, o que resulta na pena de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa**, a qual torno definitiva.

Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final igual a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

No mais, a questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, sem fundamentação concreta, decorrente do julgamento do apelo na origem.

Sempre defendi que a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, se o processo ainda não alcançou termo, penso que não se afigura plausível a privação da liberdade sem que se demonstre, por decisão devidamente fundamentada, a imprescindibilidade da medida extrema, que deve ser sempre a *ultima ratio*.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró preleciona:

No caso da prisão preventiva, o *periculum in mora* costuma ser identificado com o *periculum libertatis*. Todavia, as situações concretas que caracterizam as hipótese de *periculum* - garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal - devem estar demonstradas, estremes de dúvidas, para que o juiz decrete a prisão. (...) Além disso, a prisão não pode ser um corolário automático da imputação, o que significaria restaurar um regime de prisão preventiva obrigatória.

(Processo Penal, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 989/991.)

Ocorre que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126.292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes mesmo da confirmação desse entendimento por ocasião do julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade referidas, a nova compreensão do Pretório Excelso - que ainda suscita divergências entre seus próprios ministros - foi adotada por esta Corte Superior de Justiça nos EDcl no REsp 1.484.415 (Sexta Turma) e na QO na Apn 675 (Corte Especial), **oportunidades em que fiquei vencida, com base nos argumentos acima expedidos, que sempre manifestei.**

Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964246, **que teve repercussão geral reconhecida.** Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

Portanto, **ao menos por ora, diante do cenário que se apresenta, ressalvo meu entendimento e acompanho a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça.**

Contudo, na espécie, de se notar que, embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, existem informes de que a defesa do paciente opôs embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento pelo Colegiado Estadual (fl. 150), os quais possuem efeito suspensivo e impedem, por ora, a expedição da ordem de prisão.

Dessarte, **ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau**, visto que não exaurida a cognição fático-probatória dos autos, imperiosa a manutenção do acusado em liberdade.

Esse entendimento, inclusive, foi proferido pela Corte Especial, no acórdão citado alhures, do qual se transcreve a seguinte ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEITADOS. EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO EM FACE DO RÉU.

1. Com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.

2. **Verificado o transcurso do prazo para recurso relativo à matéria de fato, após a publicação do acórdão condenatório, opera-se o exaurimento da cognição fática.**

3. Na hipótese, o acórdão condenatório foi publicado em 2/2/2016, **tendo sido rejeitados os embargos declaratórios na sessão de julgamento do dia 2/3/2016, da Corte Especial.**

4. É possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque **eventual recurso de natureza extraordinária não é**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dotado de efeito suspensivo.

Determinada a expedição, *incontinenti*, do mandado de prisão e da guia de cumprimento provisório da pena.

(QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 26/04/2016)

Do sufragado pelo órgão especial deste Superior Tribunal, colho a seguinte passagem:

(...) numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, como é público, mudou sua orientação para permitir, sob o *status* de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão **após exaurido duplo grau de jurisdição**.

Ante o exposto, **concedo a ordem**, a fim de reduzir a pena do paciente para a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, e fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – a serem fixadas pelo Juízo das Execuções –, bem como para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0332641-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 383.276 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008019720138260344 20140000703775 8019720138260344 8113

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EMERSON ALEX MAZZEI DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.