



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.092 - SP (2016/0241554-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI
ADVOGADO : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI - SP092875
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO DIAS ALVES

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. PENA DE DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. EXCEPCIONAL CONCESSÃO DA ORDEM. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), 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.

2. Tratando-se de réu primário, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, há real possibilidade de que o recurso especial interposto venha a ser provido para possibilitar o cumprimento da pena em regime aberto. Assim, o caso autoriza a excepcional concessão da ordem, para permitir que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

3. *Habeas corpus* concedido para permitir ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação. Extensão dos efeitos à corré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, com extensão à corré Beatriz Teodoro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.092 - SP (2016/0241554-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI
ADVOGADO : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI - SP092875
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO DIAS ALVES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **CARLOS AUGUSTO DIAS ALVES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe permitido recorrer em liberdade.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação da corrê, apenas para determinar a restituição do veículo apreendido, mantendo, no mais, a sentença condenatória. Posteriormente, o Juízo de primeira instância determinou a expedição de mandado de prisão, para início de cumprimento da pena.

Neste *habeas corpus*, a impetrante sustenta que: a) "não se operou o trânsito em julgado da r. sentença condenatória" (e-STJ, fl. 3); b) "o v. acórdão dispõe que o réu pode recorrer em liberdade, sendo vedado ao juízo *a quo*, piorar a situação do condenado sem fundamentação concreta acerca da necessidade da imediata execução da reprimenda, pois, além de desrespeitar o acórdão, caracteriza veemente *reformatio in pejus*" (e-STJ, fl. 5).

Pleiteia seja revogada a determinação de prisão do paciente, para que aguarde o trânsito em julgado da condenação em liberdade.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ, fls. 93-94).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela "denegação da ordem e pela concessão, de ofício, da ordem para estabelecer regime inicial semiaberto de cumprimento de pena" (e-STJ, fl. 115).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.092 - SP (2016/0241554-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI
ADVOGADO : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI - SP092875
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO DIAS ALVES

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. PENA DE DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. EXCEPCIONAL CONCESSÃO DA ORDEM. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), 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.

2. Tratando-se de réu primário, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, há real possibilidade de que o recurso especial interposto venha a ser provido para possibilitar o cumprimento da pena em regime aberto. Assim, o caso autoriza a excepcional concessão da ordem, para permitir que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

3. *Habeas corpus* concedido para permitir ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação. Extensão dos efeitos à corré.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

O impetrante insurge-se contra a determinação de imediata expedição de mandado de prisão contra o paciente, para início de cumprimento de sua pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Sobre o tema, confirmam-se:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, 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 (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."

(HC 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

2. *Habeas corpus* denegado."

(HC 354.470/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016)

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

Isso porque, de acordo com a Súmula 440/STJ, "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". Ademais, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

No caso dos autos, a sentença fixou o regime fechado para início de cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ao fundamento de que "o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, *ex vi* do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90" (e-STJ, fl. 65).

A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Assim, tratando-se de réu primário, condenado a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, há real possibilidade de que o recurso especial interposto venha a ser provido para possibilitar o cumprimento da pena em regime aberto.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado - 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão - (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

5. Com relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Assim, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que aprecie, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do CP."

(HC 363.082/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. REGIME ABERTO DEFERIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, verifico que trata-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade de 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de drogas - 13g de cocaína e 6,52g de maconha. Dessa forma, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto."

(HC 366.944/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016)

Assim, 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, com extensão dos efeitos à corré **BEATRIZ TEODORO**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0241554-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 371.092 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00054435320148260482 0005443532014826482 20150000628268 20160000630236
21472496220168260000 54435320148260482 5443532014826482

EM MESA

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI
ADVOGADO : MARIA LUIZA ALVES COUTO TONDATI - SP092875
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO DIAS ALVES
CORRÉU : BEATRIZ TEODORO

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, com extensão à corré Beatriz Teodoro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.