



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.392.330 - SP (2013/0218608-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : JOSIELE DA SILVA LIMA (PRESA)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Não há falar em violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, se as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base da recorrente com fundamento na natureza e na quantidade de drogas apreendidas (569 g de cocaína).

2. Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante a efetiva transposição das fronteiras nacionais, sendo suficiente, à configuração da transnacionalidade do delito, a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro país.

3. Ainda que o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 preveja as condutas de "importar" e "exportar", não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), porquanto o simples fato de o agente "trazer consigo" a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico. Precedentes.

4. A Corte de origem considerou que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão nem sequer se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedicaria, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa, somente havendo mantido a incidência da minorante em virtude da ausência de recurso do Ministério Público sobre a matéria. Assim, com muito mais razão, não há ilegalidade na incidência, no patamar de 5/12, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, notadamente porque o Juiz sentenciante fundamentou, concretamente, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impossibilidade de redução da pena na maior fração prevista em lei.

5. Embora a recorrente haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, em decorrência da natureza e da quantidade de drogas apreendidas em seu poder (569 g de cocaína), em contexto, aliás, de tráfico transnacional, o que, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal, evidencia a impossibilidade de fixação do modo mais brando.

6. Em razão das circunstâncias do caso concreto – apreensão de 569 g de cocaína –, a pena-base da recorrente foi estabelecida acima do mínimo legalmente previsto, de modo que, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, não há como ser concedida a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. A compreensão externada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 126.292/SP, poderia ser resumida na conclusão de que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obstar o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em inobservância ao princípio da não culpabilidade.

8. A recorrente foi condenada pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, por fatos ocorridos em 5/12/2010. O Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação criminal, manteve inalterada a condenação, havendo provido o recurso da defesa somente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o semiaberto. Neste recurso especial, todas as teses levantadas pela defesa foram – mais de uma vez – exaustivamente analisadas com profundidade e, ao final, rejeitadas. Assim, sob o prisma do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, não existe razão para que se impeça a execução provisória da pena.

9. Recurso especial não provido. Pedido do Ministério Público Federal acolhido para determinar o efetivo início da execução provisória da pena imposta à recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e acolher o pedido do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou entendimento pessoal o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Sebastião Reis Júnior quanto à execução da pena. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.392.330 - SP (2013/0218608-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : JOSIELE DA SILVA LIMA (PRESA)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOSIELE DA SILVA LIMA interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região** (Apelação Criminal n. 0011395-91.2010.4.03.6119/SP).

Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, alega violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que, "Levando-se em conta as quantidades usualmente apreendidas em nosso país, não há que se falar que o volume de cocaína encontrado com a Recorrente justifica a majoração da pena acima do mínimo legal ou no percentual aplicado nesses autos" (fl. 583).

Para tanto, destaca que foram apreendidos 569 g de cocaína e pondera que "a nocividade da droga não é argumento hábil a ensejar a imposição da pena-base acima do mínimo legal eis que toda droga, por si só, é prejudicial e reprovável" (fl. 585).

Aduz, ainda, violação do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, porquanto o art. 33, *caput*, contém em seu tipo penal os verbos "importar" e "exportar", os quais evidenciam, tal como o disposto no art. 40, I, a transnacionalidade do delito, de forma que a manutenção da majorante acarreta inequívoco *bis in idem*.

Considera, também, ter havido negativa de vigência ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto "atuou na condição de 'mula' e não como membro de organização criminosa" (fl. 588), de modo que a minorante deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser aplicada no patamar máximo de 2/3.

Por fim, afirma que deve ser fixado regime mais brando de cumprimento de pena (inclusive com a incidência da detração) e ser determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer o provimento do recurso, para que seja: a) reduzida a pena-base; b) aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3; c) afastada a causa especial de aumento descrita no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006; d) fixado regime mais brando de cumprimento de pena; e) determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 603-609 e decisão de admissibilidade às fls. 611-615.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso especial.

Por meio da petição de fls. 653-654, o Ministério Público Federal pleiteia a execução imediata da pena de prisão imposta à recorrente e menciona, para tanto, o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 126.292/SP, cuja compreensão poderia ser resumida na conclusão de que o recurso especial, tal como o extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obstaria o início da execução provisória da pena, sem que isso importasse em inobservância ao princípio da não culpabilidade.

Em consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, verifico que não consta nenhuma informação acerca de eventual cumprimento integral da pena aplicada à recorrente, estando o feito suspenso, em primeiro grau, desde 11/12/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.392.330 - SP (2013/0218608-5)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Não há falar em violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, se as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base da recorrente com fundamento na natureza e na quantidade de drogas apreendidas (569 g de cocaína).

2. Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante a efetiva transposição das fronteiras nacionais, sendo suficiente, à configuração da transnacionalidade do delito, a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro país.

3. Ainda que o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 preveja as condutas de "importar" e "exportar", não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), porquanto o simples fato de o agente "trazer consigo" a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico. Precedentes.

4. A Corte de origem considerou que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão nem sequer se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedicaria, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa, somente havendo mantido a incidência da minorante em virtude da ausência de recurso do Ministério Público sobre a matéria. Assim, com muito mais razão, não há ilegalidade na incidência, no patamar de 5/12, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, notadamente porque o Juiz sentenciante fundamentou, concretamente, a impossibilidade de redução da pena na maior fração prevista em lei.

5. Embora a recorrente haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, em decorrência da natureza e da quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas apreendidas em seu poder (569 g de cocaína), em contexto, aliás, de tráfico transnacional, o que, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal, evidencia a impossibilidade de fixação do modo mais brando.

6. Em razão das circunstâncias do caso concreto – apreensão de 569 g de cocaína –, a pena-base da recorrente foi estabelecida acima do mínimo legalmente previsto, de modo que, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, não há como ser concedida a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. A compreensão externada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 126.292/SP, poderia ser resumida na conclusão de que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obstar o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em inobservância ao princípio da não culpabilidade.

8. A recorrente foi condenada pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, por fatos ocorridos em 5/12/2010. O Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação criminal, manteve inalterada a condenação, havendo provido o recurso da defesa somente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o semiaberto. Neste recurso especial, todas as teses levantadas pela defesa foram – mais de uma vez – exaustivamente analisadas com profundidade e, ao final, rejeitadas. Assim, sob o prisma do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, não existe razão para que se impeça a execução provisória da pena.

9. Recurso especial não provido. Pedido do Ministério Público Federal acolhido para determinar o efetivo início da execução provisória da pena imposta à recorrente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que a recorrente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006. Isso porque, em 5/12/2010, foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos – SP, ao tentar embarcar em voo com destino a Moçambique, trazendo consigo, no interior de sua bagagem – para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, no exterior – **569 g de cocaína, peso líquido.**

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, havendo sido dado parcial provimento ao recurso, a fim de alterar o regime de cumprimento de pena para o **inicial semiaberto.**

II. A pena-base do crime de tráfico de drogas

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta em relação ao delito de **tráfico de drogas**, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, verifico que o Juiz sentenciante assim fundamentou a fixação da pena-base da recorrente acima do mínimo legal, *in verbis* (fls. 384-385):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga apreendida (991,1 g), são circunstâncias preponderantes na graduação da pena-base. As demais circunstâncias não são desfavoráveis, mas é preciso aquilatar o maior desvalor desta conduta em função da quantidade e qualidade do entorpecente, nesta fase, pois diz com as consequências potenciais do crime, com os motivos, e demonstra maior ganância do agente que visa ao lucro com sua conduta, circunstâncias essas próprias da graduação da pena-base, nos termos do artigo 59 do Código Penal e do citado artigo 42 da lei 11.343/06. Em função do princípio da isonomia, estabeleci critério de graduação de aumento pela quantidade e qualidade da droga, procurando assim, aplicar a mesma elevação a situações semelhantes e permitir com segurança discriminar as situações diferentes na medida de suas desigualdades. A partir de 500 g, quantidade já significativa para o tráfico de qualquer droga, aumento a pena em 1/12 até um quilo transportado, e a partir daí aumento mais 1/12 a cada excedente de um quilo.

No caso, a ré detinha 569 g, pelo que o aumento pela quantidade deve corresponder a 1/12. A qualidade da droga é de ser levada em consideração, a cocaína é altamente lesiva ao cérebro, pode causar morte e induz facilmente à dependência. Aplico o percentual de 1/4 por se tratar de tráfico de cocaína, que ensejaria o aumento da pena-base em $1/12 + 1/4$ ou $4/12$. A pena-base fica, portanto, estabelecida em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

A Corte regional, por sua vez, manteve inalterada a reprimenda-base aplicada à acusada, pelos fundamentos abaixo descritos (fl. 571):

No que tange à dosimetria da pena, a MM. Juíza sentenciante fixou a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, importe plenamente justificado, haja vista a natureza e quantidade da droga. Deveras, cuidando-se de cocaína, droga de elevado potencial nocivo e entorpecente, capaz, em muitos casos, de até causar a morte do usuário, em quantidade superior a meio quilo do entorpecente, cabível a manutenção da pena-base em tal montante, nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

Dos trechos anteriormente transcritos, constato que as instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias entenderam devida a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida – **569 g de cocaína, peso líquido** –, o que evidencia haverem atuado em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza: "O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Portanto, considero irretocável o aumento efetivado na pena-base, de modo que fica afastada a alegada violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

III. A majorante relativa à transnacionalidade do delito

Da mesma forma, entendo que não assiste razão à recorrente no ponto em que pleiteia o afastamento da causa especial de aumento de pena relativa à transnacionalidade do delito.

O Juiz sentenciante, ao reconhecer a incidência da majorante em questão, assim fundamentou (fl. 382):

Quanto à causa de aumento especial em virtude do tráfico internacional, observa-se que a ré foi flagrada na tentativa de embarcar em voo com destino a Moçambique, conforme faz prova o bilhete eletrônico acostado às fls. 27, não restando dúvidas quanto à sua caracterização.

A Corte regional, por sua vez, também entendeu devida a aplicação da causa especial de aumento de pena em questão, consoante a seguir descrito (fl. 571):

De fato, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que incide a causa de aumento em questão aos casos de pessoas que se acham na iminência de embarcar rumo ao exterior, já que inegável a destinação da droga.

Nesse ponto, ressalte-se não haver qualquer *bis in idem*. O fato de o artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 também contemplar a conduta de "exportar" não inviabiliza a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso I do artigo 40 da mesma lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante que haja a efetiva transposição das fronteiras nacionais, sendo suficiente, para a configuração da transnacionalidade do delito, que haja a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro país.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado:

[...]

Para a incidência da majorante prevista no inciso I do art. 40 da Lei n.º 11.343/06, é desnecessário que haja a efetiva transposição das fronteiras nacionais, bastando apenas a finalidade do agente de levar a substância entorpecente para o exterior.

[...]

(HC n. 157.867/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 7/12/2011)

Ainda, cito o seguinte precedente desta colenda Sexta Turma: "A majorante do tráfico transnacional de drogas se configura com a prova da destinação internacional da drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras." (HC n. 212.789/SP, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 7/10/2014).

Assim, uma vez comprovado que a droga apreendida seria **transportada para Moçambique**, entendo devida a incidência da majorante prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

De mais a mais, saliento que, ao contrário do que asseverado pela recorrente, "A jurisprudência desta Corte não reconhece a existência de *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006), em razão de o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 prever as condutas de "importar" e "exportar", pois trata-se de tipo penal de ação múltipla, e o simples fato de o agente "trazer consigo" a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico." (HC n. 217.665/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 5/2/2015).

IV. A fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

O Juiz sentenciante assim justificou a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar de 5/12, *in verbis* (fls. 403-404):

No presente caso, observa-se que a acusada realizou várias viagens internacionais no curto período de três anos (8 registros entre os anos de 2008 e 2010) e, em que pese restarem justificadas as viagens compreendidas no período entre 2008 e 2009, por meio dos documentos carreados pela Defesa às fls. 300/302, restaram inexplicados os registros constantes da certidão de movimentos migratórios (fls. 123/126), notadamente as três viagens realizadas no ano de 2010 (31/05/2010 a 23/07/2010, 04/08/2010 a 05/09/2010 e 12/09/2010 a 15/10/2010), viagens estas de curta permanência, claramente dispendiosas para a ré, que não tinha emprego fixo e admitiu estar desempregada. Porém, nada impede que as viagens tenham se dado para a prostituição. De fato, há a possibilidade de tais viagens terem sido realizadas para o tráfico, mas certeza não há e por isso não pode ser agravada a pena pela negativa da causa de diminuição.

A Corte de origem, por seu turno, manteve inalterado o *quantum* de redução de pena, nos seguintes termos (fl. 572):

Quanto à causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, a d. juíza sentenciante estabeleceu a fração de 5/12 (cinco doze avos).

De rigor, nem caberia referida diminuição, já que a comumente denominada "mula" conscientemente exerce papel fundamental ao êxito da empreitada promovida pela organização criminosa, integrando-a, portanto, ainda que por determinado espaço de tempo.

À míngua, porém, de recurso da acusação, a sentença deve ser mantida nesse ponto.

Do trecho anteriormente transcrito, verifico haver a Corte de origem considerado que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão nem sequer se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedicaria, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa, somente havendo mantido a incidência da minorante em virtude da ausência de recurso do Ministério Público sobre a matéria.

Assim, com muito mais razão, não identifico nenhuma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade na incidência da minorante no patamar de 5/12, em especial porque o Juiz sentenciante fundamentou, concretamente, a impossibilidade de redução da pena na maior fração prevista em lei, havendo salientado que a recorrente realizou diversas viagens internacionais no curto período de três anos e que "restaram inexplicados os registros constantes da certidão de movimentos migratórios (fls. 123/126), notadamente as três viagens realizadas no ano de 2010 (31/05/2010 a 23/07/2010, 04/08/2010 a 05/09/2010 e 12/09/2010 a 15/10/2010), viagens estas de curta permanência, claramente onerosas para a ré, que não tinha emprego fixo e admitiu estar desempregada" (fl. 404).

Fica, portanto, afastada a aventada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

V. Regime inicial de cumprimento de pena

No que tange ao regime de cumprimento de pena, constato que o Juiz de primeiro grau assim fundamentou a imposição do regime inicial fechado, *in verbis* (fl. 405):

A pena privativa de liberdade cominada à ré há de ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, na redação que se lhe deu a Lei n.º 11.464/07, ressaltando que a verificação do preenchimento das condições para progressão de regime ficará a cargo do Juízo da Execução, inclusive no tocante a eventual direito a progressão pelo tempo de prisão provisória já decorrido.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu parcial provimento à apelação da defesa, a fim de alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o **semiaberto**, nos seguintes termos (fl. 573):

Assim, pesando contra a ré somente a circunstância da natureza da droga, reputo adequado o cumprimento da pena em regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, verifico que a Corte regional entendeu devida a imposição do regime inicial **semiaberto** com base, justamente, nas **peculiaridades do caso concreto** – natureza da droga apreendida –, de modo que não identifico a apontada violação legal. Registro, no particular, que, embora a recorrente haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, em decorrência da natureza e da quantidade de drogas apreendidas em seu poder (569 g de cocaína), em contexto, aliás, de tráfico transnacional, o que, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal, evidencia a impossibilidade de fixação do modo mais brando.

VI. Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos

O Magistrado de primeiro grau fundamentou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nestes termos (fls. 404-405):

Sobre a conversão em penas restritivas de direitos, deixo de proceder à conversão, em virtude do que dispõe o art. 44, III, do Código Penal, tendo em vista a conduta social e a personalidade da condenada, bem assim o fato de as circunstâncias demonstrarem que a substituição não será suficiente à repressão da conduta.

Verifico, assim, que o Tribunal de origem fundamentou, **concretamente**, a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, havendo salientado que as circunstâncias do caso evidenciam não ser a substituição uma medida socialmente recomendada.

Aliás, registro que, justamente em razão das circunstâncias do caso concreto – apreensão de 569 g de cocaína –, a pena-base da recorrente foi estabelecida **acima do mínimo legalmente previsto**, de modo que, à luz do inciso III do art. 44 do Código Penal, não há como ser concedido o benefício em questão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. Execução provisória da pena

Por fim, entendo que **deve ser acolhido** o pedido do Ministério Público Federal formulado às fls. 653-654.

A compreensão externada no **HC n. 126.292/SP**, do Supremo Tribunal Federal, e que ganha importância para a análise do pedido do *Parquet* nesta oportunidade, poderia ser resumida na conclusão de que **o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena**, sem que isso importe em inobservância ao princípio da não culpabilidade, porquanto "o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias" (excerto do voto do Ministro Teori Zavascki).

Trata-se de importante precedente que **sinaliza o realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009**, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte decidiu que um acusado só poderia ser preso, salvo as hipóteses de prisão cautelar, depois de sentença condenatória transitada em julgado (**HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010**).

Portanto, não mais se cogita de aguardar, no órgão jurisdicional *ad quem*, o julgamento do recurso especial ou extraordinário e, muito menos, dos recursos a eles acessórios. Isso não implica afastar, frise-se, a possibilidade de o julgador, **dentro de seu inerente poder geral de cautela**, atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou ao RE e, com isso, obstar a execução provisória da pena. Tal procedimento seria possível, por exemplo, em situações excepcionais, nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, *à vol d'oiseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

Todavia, **esse não é o caso dos autos**.

Com efeito, a recorrente foi condenada à pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais multa, pela prática do crime previsto no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, por fatos ocorridos em 5/12/2010. O Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação criminal, manteve inalterada a condenação, havendo provido o recurso da defesa somente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o semiaberto.

Neste recurso especial, todas as teses levantadas pela defesa foram – mais de uma vez – exaustivamente analisadas com profundidade e, ao final, rejeitadas.

Assim, sob o prisma do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, **não existe razão para que se impeça a execução provisória da pena**. Aliás, pedido semelhante foi feito em caso que tramita no Supremo Tribunal Federal, cujo relator, Ministro **Edson Fachin (ARE n. 851.109/DF)**, ao apreciá-lo, assim decidiu:

Restou superado, neste Tribunal, o entendimento emanado do julgamento do HC 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, não mais sendo vedada a execução provisória da pena.

Incide, na hipótese, o caminho apontado pelo comando legal contido no art. 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Essa direção normativa teve, ulteriormente, a chancela da Lei 8.308, de 28 de maio de 1990, a qual regulou também, a posteriori, o efeito meramente devolutivo dos recursos às instâncias extraordinárias, e o fez ao instituir normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Dúvida não emerge do artigo 27 da Lei mencionada, o qual no seguindo parágrafo assim estatui: “§2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

Impende, pois, remeter a matéria ao juízo de origem, a quem cabe examinar e determinar, a tempo e modo, a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Também no julgamento dos **EDcl nos REsp n. 1.484.413/DF e 1.484.415/DF** (de **minha relatoria**, DJe 14/4/2016), ocorrido em 3/3/2016, seguiu a orientação de, nas hipóteses em que não for conferido efeito suspensivo ao recurso especial, dever ser determinado o início da execução provisória das penas impostas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É caso, portanto, de dar efetivo e imediato cumprimento à nova interpretação dada, pelo Supremo Tribunal Federal, aos limites e ao alcance da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII).

VIII. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

Ainda, **acolho o pedido do Ministério Público Federal**, formulado às fls. 653-654, e determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da 6ª Vara Federal de Guarulhos – 19ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo – **juízo da condenação** –, a fim de que expeça o mandado de prisão e encaminhe a guia de recolhimento provisório ao Juízo da Vara das Execuções Criminais, para efetivo início da execução provisória da pena imposta à recorrente (Josiele da Silva Lima), nos autos do Processo n. 0011395-91.2010.403.6119.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0218608-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.392.330 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00113959120104036119 113959120104036119 201061190113954 21049220104

PAUTA: 13/09/2016

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSIELE DA SILVA LIMA (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou provimento ao recurso especial e acolheu o pedido do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou entendimento pessoal o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior quanto à execução da pena.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.