



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.748 - SP (2016/0232135-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS E OUTRO
ADVOGADO : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS E OUTRO(S) - SP356402
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO VITOR RODRIGUES (PRESO)
PACIENTE : JEAN CARLOS CAMPOS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. PACIENTES CONDENADOS POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ACÓRDÃO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SUPERIORES A 4 E NÃO EXCEDENTES A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO, EXCETO PARA O PACIENTE REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inocência.

4. Tratando-se de réu primário, condenado a pena superior a 4 e não excedente a 8 anos, e considerando, ainda, que a quantidade de entorpecente apreendido (1,78 grama de cocaína e 27,15 gramas de maconha) não justifica, no caso, a fixação de regime mais gravoso, correto o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal. Entendimento que apenas não se aplica ao corréu haja vista ser reincidente no crime de tráfico de drogas, afigurando-se correto, quanto a este, o estabelecimento de regime inicial mais gravoso.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, em relação a um dos pacientes, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto.

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, não conhecer do pedido e conceder "*Habeas Corpus*" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.748 - SP (2016/0232135-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS E OUTRO
ADVOGADO : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS E OUTRO(S) - SP356402
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO VITOR RODRIGUES (PRESO)
PACIENTE : JEAN CARLOS CAMPOS DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DIEGO VITOR RODRIGUES e JEAN CARLOS CAMPOS DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Os pacientes foram presos em flagrante – sendo a prisão convertida em preventiva posteriormente – e condenados, em primeira instância, pelo crime de tráfico de drogas, sendo-lhes cominada a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de pagamento de 95 dias-multa, em regime inicial fechado, tendo os acusados passado a responder ao processo em liberdade, por força de ordem mandamental concedida nesta Corte Superior no HC n. 333.986/SP.

Em sede recursal, entretanto, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e deu parcial provimento à apelação do *Parquet*, majorando a pena aplicada aos pacientes e condenando-os, ainda, pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tendo sido determinada, ao final, a expedição de mandado de prisão (acórdão às e-STJ fls. 9/50).

Inconformada com os termos do v. acórdão lavrado, a defesa impetrou este *habeas corpus*.

Na presente oportunidade, a defesa afirma, em síntese, que o acórdão impetrado violou a Súmula n. 718 do STF, importando, ainda, em afronta à liberdade dos pacientes, "seja em razão da expedição de mandado de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, seja em razão da fixação de regime inicial de cumprimento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso" (e-STJ fl. 5).

Diante disso, requer, em liminar, seja suspensa a decisão que determinou a prisão dos pacientes, com a expedição dos respectivos alvarás de soltura, se for o caso, bem como seja determinada a fixação do regime semiaberto.

O pleito urgente foi parcialmente deferido "apenas para assegurar ao paciente DIEGO VÍTOR RODRIGUES o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso" (e-STJ fls. 247/250).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 263/264), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 395/396).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.748 - SP (2016/0232135-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que julga a apelação é o recurso especial, consoante dispõe o art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise das teses suscitadas pela defesa, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

Busca o impetrante a revogação da determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor dos ora pacientes, estabelecida pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação da defesa, à qual foi negado provimento, e da apelação do órgão ministerial, que foi parcialmente acolhida, majorando-se, ao final, a pena aplicada aos sentenciados e condenando-os, ainda, pelo crime de associação para o tráfico de drogas.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...] (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292, 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. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confirma-se, por oportuno, a ementa do referido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. 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.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016, g.n.)

É dizer, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

Na espécie, conforme já relatado, os pacientes foram condenados, em primeira instância, pelo crime de tráfico de drogas, sendo-lhes cominada a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de pagamento de 95 dias-multa, em regime inicial fechado, tendo os acusados passado a responder ao processo em liberdade, por força de ordem mandamental concedida nesta Corte Superior no HC n. 333.986/SP (e-STJ fls. 238/243).

Por sua vez, o Tribunal de origem, em sede de recurso de apelação, negou provimento ao recurso defensivo, ao tempo que deu parcial provimento ao recurso ministerial, condenando os pacientes também pelo crime de associação para o tráfico de drogas, bem como redimensionando as penas aplicadas pela sentença monocrática (4 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão para Jean Carlos, e 4 anos e 1 mês de reclusão para Diego), mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, determinando, por fim, a expedição de mandado de prisão em face dos réus (e-STJ fls. 9/50). Ademais, conforme informações colhidas do *site* do Tribunal de origem, houve interposição de recurso especial, ainda em fase



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de admissibilidade, o qual, em regra, não possui efeito suspensivo.

Assim sendo, 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 ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Por outro lado, no que concerne à fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, o Tribunal *a quo* assim consignou (e-STJ fl. 40):

Na espécie, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica em virtude da natureza e relevante quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, sem olvidar o registro de maus antecedentes em desfavor do corréu Jean.

Nesse contexto, não obstante a fundamentação adotada pelo douto relator, verifico, à luz de precedentes desta Corte superior, que a quantidade e a natureza da droga apreendida – 1,78 grama de cocaína e 27,15 gramas de maconha – justificam apenas a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Assim, no que se refere ao paciente DIEGO VITOR RODRIGUES, uma vez que se trata de réu primário condenado à pena superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto se afigura o mais adequado para o cumprimento da pena.

Por outro lado, o acórdão impugnado apontou que o paciente JEAN CARLOS possui uma condenação anterior, relativa, também, ao crime de tráfico de drogas, circunstância essa que enseja sua permanência em regime inicial mais gravoso.

No sentido do até então exposto, confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS DE RECLUSÃO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena do paciente em 5 anos de reclusão, e reconhecida sua primariedade, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, sobretudo quando considerado que quantidade de droga apreendida não é expressiva para justificar o regime mais gravoso.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena. (HC 357.934/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016) - grifei

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 334.208/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.) - grifei

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, apenas fixar o regime inicial semiaberto em relação ao paciente DIEGO VÍTOR RODRIGUES.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0232135-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 369.748 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00063825620158260269 20160000550230 21232015 21270479820158260000
63825620158260269

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HUMBERTO TIBAGI DE BARROS E OUTRO
ADVOGADO	: HUMBERTO TIBAGI DE BARROS E OUTRO(S) - SP356402
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO VITOR RODRIGUES (PRESO)
PACIENTE	: JEAN CARLOS CAMPOS DOS SANTOS (PRESO)

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.