



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.706 - SP (2016/0253683-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AMANDA LIBERATI E OUTRO
ADVOGADO : AMANDA LIBERATI E OUTRO(S) - SP380227
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. PENA MENOR QUE 8 ANOS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tratando-se de réu primário, beneficiado com a redutora do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, bem assim em observância ao *quantum* de pena estipulado (4 anos e 2 meses de reclusão) e à quantidade não expressiva de droga encontrada (25,8g de maconha, 1,87g de cocaína e 6,9g de *crack*), é cabível a fixação do regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.
2. 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.
3. 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. *Habeas corpus* concedido, em parte, apenas para fixar o regime semiaberto para início do desconto da pena.

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 parcialmente 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.706 - SP (2016/0253683-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AMANDA LIBERATI E OUTRO
ADVOGADO : AMANDA LIBERATI E OUTRO(S) - SP380227
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0000168-08.2013.8.26.0564).

Consta dos autos que o ora paciente foi denunciado pela prática do delito tipificado no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 17):

Apurou-se, de igual forma, que, após breve perseguição, os denunciados foram alcançados e detidos e em regular revista pessoal, foram encontradas em poder de ALEXANDRE 28 unidades de eppendorfs contendo cocaína e um pedaço de papel contendo anotações do tráfico, com Juliano foram localizadas 9 trouxinhas de maconha e em poder de Luis a quantia de R\$ 28,00 (vinte e oito reais), em espécie, produto do comércio espúrio de entorpecentes.

O magistrado de primeiro grau **absolveu** o paciente com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar o paciente à **pena de 4 anos e 2 meses de reclusão**, além de 416 dias-multa, a ser cumprido inicialmente em **regime fechado**, pela prática do delito de **tráfico privilegiado de drogas, sendo determinada a expedição de mandado de prisão**. O acórdão estadual está assim fundamentado, no que pertinente (fls. 317/323):

(...)

No concernente à individualização da medida repressiva, **o julgador singular fixou a pena-base diante de Alexandre e Juliano no mínimo legal** para, já na terceira etapa da dosimetria, verificada a **ausência de agravantes ou atenuantes**, reduzir as reprimendas de dois (2/3), com fulcro no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, chegando-se ao patamar definitivo de um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, mais cento e sessenta e seis (166) dias-multa, unidade no piso diante de cada um deles, à minguia de outras causas modificadoras.

Por questão de equidade, observa-se o mesmo critério de cálculo com relação ao apelado Luís Felipe.

Aqui, vale anotar que os denunciados acabaram beneficiados, isso porque a quantidade, variedade e forma de acondicionamento dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes denotam circunstância judicial nitidamente desfavorável, possibilitando aos agentes atingir maior número de usuários, de modo a contribuir sobremaneira com a disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias.

Tal quadro, como é óbvio, exigia a fixação das penas-base acima do mínimo legal, ainda mais porque, como assentou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida 13 (treze) pedras de “*crack*”- justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje de 05-06-12).

Importa acrescentar que, “segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso. Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos...” (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)” (RT 838/571).

(...)

Porém, considerado o limite devolutivo do recurso estabelecido pelo inconformismo da acusação, impossível se rever o julgado nesta parte, sob pena de decisão *ultra petita*.

Cumprе realçar que a menoridade relativa de Juliano e Luís Felipe não autoriza a redução da reprimenda aquém do piso, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese editada com lastro em entendimento do Supremo Tribunal Federal (RTJ 118/928) e conforme tranquila doutrina apontada por este Egrégio Tribunal de Justiça quando do julgamento da Apelação Criminal nº. 0014034-25.2009.8.26.0564, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO (JOSÉ FREDERICO MARQUES, Curso de Direito Penal, 1ª ed., Saraiva, 1956, vol. III, § 143, nº 3, pág. 260; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Manual de Direito Penal, 7ª ed., Atlas, 1993, vol. I, nº 7.5.7, pág. 296; RENÉ ARIEL DOTTI, Curso de Direito Penal, 1ª ed., Forense, 2002, pág. 514-5, nº 14; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, Tratado de Direito Penal, 8ª ed., Saraiva, 2003, vol. 1, pág. 559), esgotando-se a matéria.

Consigne-se, também, que os réus não fazem jus ao privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, porquanto somente pessoa enfronhada com o “mundo do crime” pode obter volume e variedade consideráveis de drogas, algo apto a delinear estreito vínculo com organização criminoso e dolo exacerbado incondizentes com o privilégio (STF, RHC 94.806/PR; STJ, HC 105.216/SP e HC 141.921/SP; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

(...)

Todavia, em razão do pedido formulado pela Justiça Pública via apelo limitando a abrangência da revisão da sentença (nesta parte, a acusação impugnou tão-só o redutor empregado em primeiro grau, buscando a diminuição das sanções no máximo de metade fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

252/253).

Desse modo, considerando a variedade e quantidade de drogas, assim como a nocividade do crack, reduzem-se as sanções com lastro no redutor mínimo de um sexto (1/6) quando o correto, repita-se, seria o afastamento da minorante -, resultando no castigo definitivo de quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão, mais quatrocentos e dezesseis (416) dias-multa, unidade no piso, para cada um dos réus, à míngua de outras causas modificadoras.

Incogitável a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos, providência no caso claramente inadequada à repressão e prevenção do crime, representando mesmo incentivo à criminalidade, sem se ignorar que a corporal imposta (superior a quatro anos de reclusão) torna sem sentido discussão aprofundada da matéria (artigo 44, I, do Código Penal).

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da corporal decorre da Lei n. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei n. 11.46/07, sendo o único cabível diante do crime em tela, ainda mais em razão da circunstância adversa antes apontada, relativa à quantidade, diversidade e lesividade das drogas.

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno também do maior rigor conferido pela própria Constituição Federal diante de delitos hediondos ou a estes equiparados (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através do quadro negativo realçado, a par do cometimento de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

(...)

A providência é absolutamente necessária, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime imposto como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente prejudicada.

(...)

Confira-se, também, STF, HC 103.141/PR, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe - 27 de 10/02/2011, impondo realçar que, consoante a recente Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ainda mais quando equivocado, como ocorre no caso) afasta a hediondez do tráfico.

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO da Defensoria Pública e PROVEJO O APELO do Ministério Público, no caso para CONDENAR o denunciado LUÍS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS a cumprir pena de quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão em regime inicial fechado**, com multa no importe de quatrocentas e dezesseis (416) diárias, unidade no piso, como incurso no artigo 33, caput, combinado com o § 4º, da Lei nº. 11.343/06, bem como rever as sanções impostas aos corréus ALEXANDRE GARCIA DA SILVA e JULIANO DA SILVA SOUZA, estipulando-as, agora, naquele mesmo patamar imposto diante do primeiro, mantida, no mais, a respeitável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença impugnada.

Uma vez encerradas as vias recursais ordinárias e considerando-se que eventual recurso dirigido às Instâncias Superiores não é dotado de efeito suspensivo, comunique-se, expedindo-se o mandado de prisão diante de LUIS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS, único meio de se dar cumprimento à decisão ora exarada (TJESP, Embargos de Declaração n. 0002172-79.2007.8.26.0160/50000, Relator Desembargador Luis Soares de Mello, julgado 27/08/2013), consoante Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, mesmo porque não se permitiu aos comparsas o apelo em liberdade, providência necessária diante de autor de crime equiparado a hediondo, em prol da ordem pública, mesmo porque a circunstância confere risco concreto de recidiva, a exigir a imediata e indispensável imposição da terapêutica criminal, com o encaminhamento do condenado em segunda instância ao cárcere.

No presente *mandamus*, esclarece a o impetrante, inicialmente, que "*Luis Felipe Feitosa dos Santos foi inocentado da prática delitiva pelo d. Juízo de 1ª instância, desta feita, diante da dúvida que cerca o caso concreto, não se faz minimamente crível a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, uma vez que não há o trânsito em julgado da decisão*" (fl. 5).

Reclama, também, "*o constrangimento ilegal, na medida em que o regime mais gravoso, no caso, o fechado, foi mantido apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, para condenado primário, sendo certo que o regime adequado é o semiaberto*" (fl. 11).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão de alvará de soltura e a fixação de regime semiaberto.

Estes autos foram distribuídos por prevenção ao HC n.º 372.706/SP, impetrado em favor dos corréus. Neste, o pleito liminar restou indeferido estando o *writ* em processamento.

Liminar indeferida às fls. 301/303.

Informações prestadas às fls. 308/327.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pelo seu indeferimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.706 - SP (2016/0253683-3)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. PENA MENOR QUE 8 ANOS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tratando-se de réu primário, beneficiado com a redutora do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, bem assim em observância ao *quantum* de pena estipulado (4 anos e 2 meses de reclusão) e à quantidade não expressiva de droga encontrada (25,8g de maconha, 1,87g de cocaína e 6,9g de *crack*), é cabível a fixação do regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

2. 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.

3. 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. *Habeas corpus* concedido, em parte, apenas para fixar o regime semiaberto para início do desconto da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se a analisar a adequação do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a legalidade da execução provisória.

O aresto reformador guarda a seguinte fundamentação (fls. 317/323):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

No concernente à individualização da medida repressiva, **o julgador singular fixou a pena-base diante de Alexandre e Juliano no mínimo legal** para, já na terceira etapa da dosimetria, verificada a **ausência de agravantes ou atenuantes**, reduzir as reprimendas de dois (2/3), com fulcro no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, chegando-se ao patamar definitivo de um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, mais cento e sessenta e seis (166) dias-multa, unidade no piso diante de cada um deles, à minguia de outras causas modificadoras.

Por questão de equidade, observa-se o mesmo critério de cálculo com relação ao apelado Luís Felipe.

Aqui, vale anotar que os denunciados acabaram beneficiados, isso porque a quantidade, variedade e forma de acondicionamento dos entorpecentes denotam circunstância judicial nitidamente desfavorável, possibilitando aos agentes atingir maior número de usuários, de modo a contribuir sobremaneira com a disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias.

Tal quadro, como é óbvio, exigia a fixação das penas-base acima do mínimo legal, ainda mais porque, como assentou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida 13 (treze) pedras de “*crack*”- justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje de 05-06-12).

Importa acrescentar que, “segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso. Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos...” (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)” (RT 838/571).

(...)

Porém, considerado o limite devolutivo do recurso estabelecido pelo inconformismo da acusação, impossível se rever o julgado nesta parte, sob pena de decisão *ultra petita*.

Cumprе realçar que a menoridade relativa de Juliano e Luís Felipe não autoriza a redução da reprimenda aquém do piso, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese editada com lastro em entendimento do Supremo Tribunal Federal (RTJ 118/928) e conforme tranquila doutrina apontada por este Egrégio Tribunal de Justiça quando do julgamento da Apelação Criminal nº. 0014034-25.2009.8.26.0564, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO (JOSÉ FREDERICO MARQUES, Curso de Direito Penal, 1ª ed., Saraiva, 1956, vol. III, § 143, nº 3, pág. 260; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Manual de Direito Penal, 7ª ed., Atlas, 1993, vol. I, nº 7.5.7, pág. 296; RENÉ ARIEL DOTTI, Curso de Direito Penal, 1ª ed., Forense, 2002, pág. 514-5, nº 14; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, Tratado de Direito Penal, 8ª ed., Saraiva, 2003, vol. 1, pág. 559), esgotando-se a matéria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consigne-se, também, que os réus não fazem jus ao privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, porquanto somente pessoa enfronhada com o “mundo do crime” pode obter volume e variedade consideráveis de drogas, algo apto a delinear estreito vínculo com organização criminosa e dolo exacerbado incondizentes com o privilégio (STF, RHC 94.806/PR; STJ, HC 105.216/SP e HC 141.921/SP; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

(...)

Todavia, em razão do pedido formulado pela Justiça Pública via apelo limitando a abrangência da revisão da sentença (nesta parte, a acusação impugnou tão-só o redutor empregado em primeiro grau, buscando a diminuição das sanções no máximo de metade fls. 252/253).

Desse modo, considerando a variedade e quantidade de drogas, assim como a nocividade do crack, reduzem-se as sanções com lastro no redutor mínimo de um sexto (1/6) quando o correto, repita-se, seria o afastamento da minorante -, resultando no castigo definitivo de quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão, mais quatrocentos e dezesseis (416) dias-multa, unidade no piso, para cada um dos réus, à minguia de outras causas modificadoras.

Incogitável a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos, providência no caso claramente inadequada à repressão e prevenção do crime, representando mesmo incentivo à criminalidade, sem se ignorar que a corporal imposta (superior a quatro anos de reclusão) torna sem sentido discussão aprofundada da matéria (artigo 44, I, do Código Penal).

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da corporal decorre da Lei n. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei n. 11.46/07, sendo o único cabível diante do crime em tela, ainda mais em razão da circunstância adversa antes apontada, relativa à quantidade, diversidade e lesividade das drogas.

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno também do maior rigor conferido pela própria Constituição Federal diante de delitos hediondos ou a estes equiparados (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através do quadro negativo realçado, a par do cometimento de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

(...)

A providência é absolutamente necessária, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime imposto como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente prejudicada.

(...)

Confira-se, também, STF, HC 103.141/PR, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe - 27 de 10/02/2011, impondo realçar que, consoante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recente Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ainda mais quando equivocado, como ocorre no caso) afasta a hediondez do tráfico.

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO** da Defensoria Pública e **PROVEJO O APELO** do Ministério Público, no caso para **CONDENAR** o denunciado **LUÍS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS a cumprir pena de quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão em regime inicial fechado**, com multa no importe de quatrocentas e dezesseis (416) diárias, unidade no piso, como incurso no artigo 33, caput, combinado com o § 4º, da Lei nº. 11.343/06, bem como rever as sanções impostas aos corréus ALEXANDRE GARCIA DA SILVA e JULIANO DA SILVA SOUZA, estipulando-as, agora, naquele mesmo patamar imposto diante do primeiro, mantida, no mais, a respeitável sentença impugnada.

Uma vez encerradas as vias recursais ordinárias e considerando-se que eventual recurso dirigido às Instâncias Superiores não é dotado de efeito suspensivo, comunique-se, expedindo-se o mandado de prisão diante de LUIS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS, único meio de se dar cumprimento à decisão ora exarada (TJESP, Embargos de Declaração n. 0002172-79.2007.8.26.0160/50000, Relator Desembargador Luis Soares de Mello, julgado 27/08/2013), consoante Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, mesmo porque não se permitiu aos comparsas o apelo em liberdade, providência necessária diante de autor de crime equiparado a hediondo, em prol da ordem pública, mesmo porque a circunstância confere risco concreto de recidiva, a exigir a imediata e indispensável imposição da terapêutica criminal, com o encaminhamento do condenado em segunda instância ao cárcere.

Cumpre destacar que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE RÉGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na espécie, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado pela Corte de origem com espeque no disposto no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, bem como levando em consideração a quantidade, diversidade e lesividade das drogas.

No tocante ao primeiro argumento, conforme acima alinhavado, a estipulação legal pela obrigatoriedade do regime inicial fechado foi devidamente afastada pelo Pretório Excelso, dispensando maiores considerações.

De outra ponta, embora não se negue a diversidade e lesividade das substâncias entorpecentes apreendidas, certo é que a quantidade das drogas encontradas - 25,8g de maconha, 1,87g de cocaína e 6,9g de *crack* - não se mostra expressiva a ponto de justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, sobretudo quando contrastada com os demais elementos satelitários a serviço da escorreita delimitação do regime inicial de pena, na forma preconizada pelo art. 33 e seguintes do Código Penal.

De fato, é possível inclusive afirmar que a pequena quantidade de entorpecente apreendido, tal qual no caso concreto, é circunstância previamente aquilatada pelo legislador infraconstitucional, que não desborda ou configura um *plus* em relação ao tipo penal *standard*. Via de consequência, inviável tomá-la por parâmetro para agravar o regime inicial de pena.

A título ilustrativo, trago à colação os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO. MODO SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A obrigatoriedade do regime fechado foi afastada, o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito, a pena-base foi fixada no mínimo legal e o réu definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, motivos pelos quais o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. Embora hajam sido apreendidas maconha e cocaína em poder do acusado, a quantidade de drogas não foi elevada, de modo que a natureza e a diversidade das substâncias não poderiam, por si só, ensejar a imposição de regime inicial mais gravoso de cumprimento de pena.

3. Agravo regimental não provido.

(AgInt no HC 374.325/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

- 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.

- O regime inicial fechado foi fixado em função da quantidade de droga apreendida - 26 porções de maconha com peso total de 25,8g (vinte e cinco gramas e oito decigramas) - e por ser ele o único capaz de manter a acusada "longe da rede nefasta que é narcotráfico". Essa motivação não se mostra suficiente para justificar a imposição do regime mais gravoso, seja porque a quantidade de droga apreendida não é exagerada, seja em função do argumento genérico de que somente o regime fechado é capaz de manter a condenada longe da nefasta rede do narcotráfico. Acolher esse entendimento é estabelecer que somente o regime fechado é o adequado aos condenados por tráfico de drogas, o que se mostra inadmissível.

- Considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo em vista a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como a pequena quantidade de droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial mais benéfico à sentenciada, no caso o semiaberto, observado os Enunciados n. 440 da Súmula desta Corte Superior e as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 328.531/SC, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015)

Na espécie, a pena-base foi fixada no mínimo legal, o paciente é primário e foi beneficiado com a redutora do §4º do art. 33. Outrossim, à luz do postulado da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalidade, do *quantum* de pena impingido (4 anos e 2 meses de reclusão) e em observância ao que reza o art. 33, §2º, "b", do Código Penal, de rigor que se garanta ao paciente o direito ao regime semiaberto.

No mais, a questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da possibilidade de execução provisória da pena em razão 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. 5º, 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0253683-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 372.706 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001680820138260564 000217276200782601605000 00022721620138260000 0112013
1680820138260564 20130000130601 20160000186900 20160000605132
2172762007826016050000 22721620138260000

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

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. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMANDA LIBERATI E OUTRO
ADVOGADO : AMANDA LIBERATI E OUTRO(S) - SP380227
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FELIPE FEITOSA DOS SANTOS
CORRÉU : ALEXANDRE GARCIA DA SILVA
CORRÉU : JULIANO DA SILVA SOUZA

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 parcialmente 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.