



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.954 - SP (2017/0035370-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL WANELLI DOMINGOS DE MORAES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), ante a quantidade e variedade de drogas apreendidas (5 porções de cocaína em pó - 4,6 gramas, 14 de crack - 2,8 gramas e 9 maconha - 15,7 gramas), bem como diante das circunstâncias em que foi abordado pelos milicianos, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (**precedentes**).

III - Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade e diversidade dos entorpecentes serviram de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta - 5 (cinco) anos de reclusão (**precedentes**).

V - *"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"* (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

VI - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento provisório da pena fixada.

Habeas Corpus não conhecido.

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.

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

Brasília (DF), 13 de junho de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.954 - SP (2017/0035370-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial impetrado pela Defensoria Pública em favor de RAFAEL WANELLI DOMINGOS DE MORAES contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0003115-07.2015.8.26.0292.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito (fls. 19-25).

Irresignados, a defesa do paciente e o Ministério Público interpuseram apelação criminal perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso da acusação para afastar a redutora do tráfico privilegiado, e, assim, fixar a pena em **5 (cinco) anos de reclusão** e 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico ilícito Inconformismo das partes Apreensão de cocaína (4,6 gramas), crack (2,8 gramas) e maconha (15,7 gramas) Materialidade, autoria e destinação mercantil, demonstradas Ajuste das reprimendas Afastamento da aplicação do redutor do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas Cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum ora imposto e das circunstâncias do caso concreto (réu que se dedicava ao tráfico de modo reiterado e habitual) Regime (fechado) adequado à hipótese Condenação confirmada em 2º grau que impõe imediata expedição de mandado de prisão para o início da execução Precedente do STF (HC/SP nº 126.292) Apelo defensivo, não provido Recurso da acusação, provido" (fl. 36).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da reprimenda, uma vez que o paciente faria **jus** à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ante sua primariedade, seus bons antecedentes e por não ter sido demonstrado nos autos que ele se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedicava a atividades criminosas.

Sustenta que *"a colenda câmara inadmitiu a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas ao caso, utilizando-se como argumento impeditivo requisito não previsto em lei, qual seja, a quantidade de drogas supostamente encontradas em poder do paciente"* (fl. 3), e que referidas circunstâncias não podem ser utilizadas para afastar a benesse, mas tão somente para fixar a pena na primeira fase da dosimetria.

Além disso, aduz que o regime inicial fechado teria sido fixado somente com base na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em desacordo com as Súmulas n. 718 e 719 do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como com a Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Por fim, alega que cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como o direito de recorrer em liberdade.

Pedido liminar **indeferido** à fl. 42.

Informações prestadas às fls. 51-69.

Petição da Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ambas reiterando o pleito inicial (fls. 76-79 e fls. 88-89).

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 93-98, manifestou-se pelo **não conhecimento** do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.954 - SP (2017/0035370-7)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), ante a quantidade e variedade de drogas apreendidas (5 porções de cocaína em pó - 4,6 gramas, 14 de crack - 2,8 gramas e 9 maconha - 15,7 gramas), bem como diante das circunstâncias em que foi abordado pelos milicianos, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (**precedentes**).

III - Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade e diversidade dos entorpecentes serviram de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da pena imposta - 5 (cinco) anos de reclusão (**precedentes**).

V - *"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"* (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

VI - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exames das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

O eg. Tribunal de origem afastou a redutora do tráfico privilegiado aduzindo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a quantidade e a variedade de drogas apreendidas (5 porções de cocaína em pó - 4,6 gramas, 14 de crack - 2,8 gramas e 9 maconha - 15,7 gramas), bem como pela quantia de dinheiro apreendida na mesma oportunidade (R\$ 119,00) e diante das circunstâncias em que o paciente foi preso, demonstravam que ele se dedicava a atividades criminosas. Além disso, manteve o regime inicial fechado E determinou a expedição de mandado de prisão, em razão da execução provisória da pena. Destaco os seguintes excertos do voto condutor do v. acórdão impugnado:

"É que ficou suficientemente demonstrado que ele se dedicava à atividade ilícita de modo habitual e reiterado, em razão da quantidade, da diversidade e da natureza dos entorpecentes que trazia consigo, isto é, 5 porções de cocaína em pó (4,6 gramas), 14 de crack (2,8 gramas) e 9 maconha (15,7 gramas), da quantia de dinheiro apreendida na mesma oportunidade (R\$ 119,00), proveniente do comércio espúrio e, ainda, das circunstâncias em que foi surpreendido pelos policiais militares em local conhecido como ponto de tráfico, em dia útil e por volta das 21h03, tudo a revelar que não praticava a conduta ilícita pela vez primeira, emergindo claro, portanto, o seu envolvimento com atividade criminosa, especialmente com traficantes de maior porte, seus fornecedores, sem os quais não teria acesso a essa variedade e quantidade de material ilícito, bem assim que não se dedicava à mercancia de forma inédita ou excepcional, tendo-a, na verdade, como profissão, a revelar incomensuráveis os danos que causou à saúde pública, motivo pelo qual deve prevalecer o estatuído no artigo 42 da citada Lei.

Ademais, referida causa especial de redução de pena deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Sua aplicação, porém, só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, ante a necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não se verifica no caso em tela.

Nesse passo, as penas são fixadas no patamar mínimo, perfazendo, portanto, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso, à míngua de quaisquer outras circunstâncias que as modifiquem, a despeito da presença das atenuantes da menoridade penal e da confissão espontânea, pois tais circunstâncias não têm o condão de conduzir as básicas aquém do patamar mínimo cominado pelo legislador (CP, artigos 53 e 59, I e II, e princípio da separação dos poderes).

De outra banda, emerge de rigor, ainda, a cassação da substituição da carcerária, diante do quantum ora imposto, que excede o limite previsto no artigo 44, do Código Penal, e porque as circunstâncias do caso concreto, como se viu, não recomendam a sua concessão (trata-se de traficante que agia de modo reiterado e habitual).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Correto, outrossim, o regime imposto para o início da expiação (fechado) não se cogitando de abrandamento, portanto, diante das peculiaridades do caso concreto e por ser o único adequado, suficiente e condizente para a prevenção e repressão de crimes desta natureza, pois nefastos à saúde pública, à vida, às famílias e à sociedade, porque, além dos malefícios ao indivíduo, o entorpecente e o seu comércio fomentam a prática de delitos, justamente para o fim de viabilizá-lo, atingindo patamares e consequências incomensuráveis.

Acrésciente-se que o legislador deixou bem claro que a regência carcerária não é mero consectário do quantum da reprimenda, ex vi do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, estando, portanto, sujeita ao preenchimento dos pressupostos do artigo 59, combinado com o seu inciso III, do mesmo código, os quais não são favoráveis ao acusado e sustentam, com sobra, a opção pelo regime mais severo.

Em arremate, diante do teor do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal - aos 17.2.2016 - nos autos do Habeas Corpus nº 126.292/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, no qual se reconheceu e se ratificou que os Recursos Extraordinário e Especial não são dotados de efeito suspensivo, determina-se a expedição de mandado de prisão, incontinenti, mesmo porque o réu foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade em regime fechado" (fls. 37-39 - grifei).

In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), ante **a quantidade e diversidade de drogas apreendidas (5 porções de cocaína em pó - 4,6 gramas, 14 de crack - 2,8 gramas e 9 maconha - 15,7 gramas)**, bem como diante das circunstâncias em que foi abordado pelos milicianos, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional).

[...]

6. **Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).**

7. Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que inexiste coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017 - grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*. Precedentes.

[...]

4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

óbice da Súmula 7/STJ.

5. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 18/11/2016 - grifei).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

Este também é entendimento perfilhado por esta Corte, **verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*

8. *Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.*

9. *Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente*" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.*

5. *Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.*

6. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).*

Não obstante tal entendimento, verifica-se que **a quantidade e a diversidade dos entorpecentes** foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, considerada como **circunstância desfavorável**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, veja-se o que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06:

"Art. 42. 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."

Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime inicial semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Neste sentido os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos bem como a assiduidade e a regularidade confessadas pelo paciente, o qual, desempregado, reconheceu o exercício da atividade pelo menos uma vez ao mês, cumprindo jornada certa para aquele serviço proscrito. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...]

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

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

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 386.940/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/3/2017 - grifei).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. (I) DOIS PACIENTES. CONDENAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (PARA AMBOS). POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (APENAS PARA UM DELES). (II) REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACIENTES PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. (III) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. VARIEDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INVIABILIDADE.

[...]

2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e da parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade da aplicação do regime inicial fechado e impôs seja apreciada, caso a caso, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, em se tratando de condenados pela prática de crimes hediondos e delitos a eles equiparados (Precedentes).

3. Caso em que o Tribunal de Justiça estabeleceu o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena dos pacientes, com fulcro na gravidade abstrata do delito e no dispositivo da Lei de Crimes Hediondos considerado inconstitucional pela Suprema Corte.

4. Conquanto a reprimenda final da paciente virago tenha sido fixada em 3 anos e 4 meses, revela-se inviável a fixação do regime inicial aberto, diante da natureza e variedade das drogas apreendidas (51 microtubos contendo crack, 16 pedras de cocaína e 48 trouxinhas de maconha).

[...]

6. A nocividade e a diversidade das drogas apreendidas recomendam a fixação do regime inicial intermediário e a negativa à substituição da pena corporal pelas restritivas de direitos, para ambos os acusados (Precedentes).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de restabelecer o regime semiaberto para o cumprimento pelos pacientes da pena privativa de liberdade" (HC n. 364.275/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 11/11/2016).

Logo, não se vislumbra flagrante ilegalidade na fixação do regime **fechado** para início de cumprimento da pena.

Por fim, quanto a execução provisória da pena, cumpre ressaltar que o art. 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Este era o entendimento que vinha sendo aplicado nesta Corte até recentemente, uma vez que o Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, concluíra pela ofensa ao princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Eis a ementa do julgado:

"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 n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

Tal entendimento, cumpre frisar, **já vem sendo adotado por esta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes:**

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

2. Embargos de declaração acolhidos para determinar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado" (EDcl no HC n. 348.612/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 16/6/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO TRIBUNAL A QUO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STF NO HC 126.292/SP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.

3. Embora o paciente não tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfaz fundamento idôneo à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

4. A **Sexta Turma**, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.051/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 17/6/2016).

Insta destacar, sobre o tema, **que a possibilidade de execução provisória da pena foi recentemente confirmada pelo eg. Supremo Tribunal Federal**, quando do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44.

Em outras palavras, portanto, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.

No presente writ, verifico, mormente em face das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, bem como diante de consulta realizada no sítio eletrônico do eg. Tribunal de origem, que já se encerrou a jurisdição em segunda instância, haja vista que não se constata que a defesa opôs ou interpôs quaisquer outros recursos.

Diante desse contexto, na hipótese, se mostra possível, portanto, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal, sendo legal a determinação da execução provisória da pena.

Não vislumbro, portanto, ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do writ**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0035370-7

HC 388.954 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031150720158260292 20160000894235 31150720158260292

EM MESA

JULGADO: 13/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL WANELLI DOMINGOS DE MORAES
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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."

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