AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.398.391 - SP (2018/0303568-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	LUAN CRISTIANO DE LIMA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ADRIANO LINO MENDONÇA - DEFENSOR PÚBLICO - MG120023
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por LUAN CRISTIANO DE LIMA contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

Consta dos autos que o agravante foi condenado às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 166 dias-multa pela prática do crime do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a apreensão de **1,43g (um grama e quarenta e três centigramas) de cocaína**, acondicionados em quatro *eppendorfs*, **e 42,67g (quarenta e dois gramas e sessenta e sete centigramas) de maconha**, distribuídos em 23 porções (e-STJ fl. 1). A pena reclusiva foi substituída por duas medidas restritivas de direitos.

A apelação criminal da defesa foi desprovida, enquanto que o recurso ministerial foi provido, a fim de elevar as penas do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 para 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, afastando a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas. Outrossim, a Corte estadual determinou a execução provisória da pena. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 277):

> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada. Apreensão de razoável quantidade de entorpecente (04 eppendorfs de cocaina, com peso liquido de 1,43 grama; e 23 porções de maconha, com peso líquido de 42,67 gramas), além de dinheiro, em local conhecido como ponto de tráfico Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade - Condenação mantida.*
>
> *PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO Bases nos mínimos - Exclusão do redutor do § 4° do art. 33 da Lei n° 11.343106 Regime*

> *inicial fechado Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Afastamento (CP, art. 44, I e III) - Apelo defensivo desprovido. Recurso ministerial provido para elevar as penas e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos Expedição de mandado de prisão.*

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, alegando violação aos arts. 33, 59, 64, I, 65, III, alínea "d", e 68, todos do Código Penal, aos arts. 33, § 4º, e 28, § 2º, ambos da Lei n. 11.343/2006 e aos arts. 156 e 386, VII, do Código de Processo Penal. Invocou, ainda, as Súmulas n. 440, 444 e 545/STJ e 718 e 719/STF.

Argumentou que a Corte de origem deixou de explicitar os fatos que a levaram a tipificar a conduta do agravante no delito de tráfico de drogas, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual, "[p]ara determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

Alternativamente, requereu a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Inadmitido o apelo extremo, os autos foram encaminhados a esta Corte em virtude do presente agravo.

Contraminuta às e-STJ fls. 401/405.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, para que fosse aplicada a minorante do tráfico privilegiado e estabelecido o regime aberto. Outrossim, pugnou pela expedição de ofício ao Juízo de origem, a fim de que tomasse as providências cabíveis para o início da execução provisória da pena imposta ao agravante. O parecer foi assim ementado (e-STJ fl. 418):

> *PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚM 7/STJ. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO §4° DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.*

> *1. O pleito de desclassificação da conduta implica o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível na via do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.*
>
> *2. A quantidade de droga apreendida (1,43g de cocaína e 42,6g de maconha) não indica reprovabilidade ou ameaça suficiente ao bem jurídico tutelado para afastar a minorante do art. 33, §4°, da Lei 11.343/06, uma vez que preenchidos os requisitos impositivos do §4°, quais sejam: o agente deve ser primário, ter bons antecedentes, não deve se dedicar a atividades criminosas e não deve integrar organização criminosa.*
>
> *2. Preenchidos tais requisitos, cabe o Juízo sentenciante aplicar a incidência da minorante e aferir a gravidade diante da variedade e quantidade das drogas apreendidas para impor a fração possibilitada pelo Legislador, que pode variar de 1/6 a 2/3.*
>
> *3. Caso aplicada a benesse do tráfico privilegiado, mostra-se possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, posto que preenchidos os requisitos do art. 33, §§2° e 3°, e art. 59, ambos do Código Penal.*
>
> *4. O Ministério Público Federal pugna pelo parcial provimento do recurso especial e requer a expedição de ofício ao Juízo de origem, a fim de que tome as providências cabíveis para o início da execução da pena imposta ao agravante.*

É o relatório.

Decido.

Com relação à primeira insurgência, confiram-se os seguintes excertos do acórdão recorrido (e-STJ fls. 278/281):

> *Restou comprovado nos autos que Luan Cristiano de Lima, no dia 03 de junho de 2016, por volta das 22h50, na rua José Ayrton Cury, bairro Jardim Roberto Selmi Dei, na cidade e comarca de Araraquara, trazia consigo, para o fim de entrega a terceiros, 04 (quatro) eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 1,43 grama; e 23 (vinte e três) porções de maconha, com peso líquido de 42,67 gramas, substâncias estas entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Na ocasião houve a apreensão de dois telefones celulares, marcas Nokia e LG, e a quantia de R$ 37,00 (trinta e sete reais) em dinheiro.*
>
> *Segundo a acusação, em diligências empreendidas nas proximidades do local do fato, indicado como ponto de tráfico, policiais militares abordaram Luan com os entorpecentes, telefones e dinheiro.*
>
> *Interrogado, ele admitiu o tráfico.*
>
> *A materialidade do crime de tráfico está consubstanciada na prisão em flagrante (fls. 07/13 e cópia fls. 53/58), boletim de ocorrência*

(fls. 60/62), auto de exibição e apreensão (fls. 63/65), auto de constatação preliminar (fls. 18, 20 e cópias de fls. 70 e 72), e, principalmente, nos exames químico-toxicológicos de fls. 100 e 102, que resultaram positivos para as substâncias cocaína e maconha, de uso proscrito no Brasil conforme listas da Portaria n° 344/1998.

A autoria, igualmente, é incontroversa.

Luan negou a prática do crime; disse que estava no bar tomando cerveja. Possuía um pino de cocaína e um pedaço de maconha para consumo próprio, pois é 'viciado'. O policial o abordou e encontrou apenas estas drogas. Os policiais localizaram no 'mato' duas bolsinhas de maconha, mas não lhe pertenciam. Em razão de possuir 'passagem', imputaram-lhe a propriedade dos entorpecentes e prenderam-no. O aparelho celular branco era seu e estava sem bateria, ao passo que o vermelho tinha sido emprestado a ele por um dos frequentadores do bar, cujo nome não declinou. Desconhecia as mensagens neste celular. Pediu emprestado para ligar para sua família. O dinheiro era fruto de seu trabalho. Assumiu o tráfico na fase inquisitiva porque os policiais ameaçaram prender a sua família (mídia).

A versão do apelante não se sustenta.

Os guardas civis municipais Tiago Linjard e Fernando Gustavo Francelino, responsáveis pelas diligências que culminaram na prisão e apreensão das drogas, narraram os fatos de forma harmônica e segura. O apelante estava na esquina, próximo a um bar - lugar conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes - na companhia de outros dois indivíduos.

Abordaram-no e em busca pessoal encontraram com ele os entorpecentes.

Verificaram num dos telefones celulares mensagens de texto relacionadas ao comércio de drogas. Ele admitiu a posse dos entorpecentes. Do outro lado da rua, embaixo de uma caçamba de caminhão que constantemente permanece estacionada naquele local, localizaram mais dois saquinhos de maconha, os quais estavam embalados de forma idêntica àquele apreendido na posse de Luan (mídia).

Está pacificado na jurisprudência que a condição de policial seja militar ou civil, estadual, federal ou municipal por si só, não invalida o seu testemunho, porquanto ele não está impedido de depor e se sujeita a compromisso como outra testemunha qualquer, litteris:

> *Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. (HC 146_381/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17.06.10, DJe 09.08.10).*

Por outro vértice, a testemunha arrolada pela defesa, Paulo Fernando Matheus, não presenciou os fatos e se limitou a tecer boas considerações a respeito do apelante (mídia).

Enfim, a anêmica e lacunosa prova testemunhal da defesa nem de

> *perto abalou o seguro conjunto probatório produzido pelo Estado - acusação.*
>
> *Comprovadas no caso, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do tráfico, ou seja, os elementos da prova testemunhal e a razoável quantidade de entorpecentes de tipos diversos aliada à forma profissional como eles estavam acondicionados (04 eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 1,43 grama; e 23 porções de maconha, com peso liquido de 42,67 gramas, conforme laudo de fls. 100 e 102), além de dinheiro.*
>
> *Inviável, nesse passo, a desclassificação pretendida. É certo que a condição de usuário - e até mesmo a de dependente - não excluem, a priori e por si só, a de traficante, mormente porque é de conhecimento geral que a maioria dos réus que se envolve no tráfico busca satisfazer o próprio vício, recebendo, muitas vezes, porções de tóxicos como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam.*
>
> *Desse modo, a condenação pelo crime do artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06 era mesmo de rigor.*

O Tribunal de origem concluiu que os elementos probatórios colhidos sob o crivo do contraditório eram hábeis a amparar a condenação pelo ilícito descrito na inicial acusatória, sendo descabida a pretensão de desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas.

Ademais, tenho que não prospera o pleito defensivo, pois o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou de conteúdo variado, de forma que se consuma com a prática de qualquer um dos verbos nucleares descritos no tipo penal, como no caso. Dessa forma, a subsunção típica prescinde da efetiva prática de atos de mercancia.

Assim, tenho que a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, no ponto, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal *a quo* é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ e Súmula n. 279/STF).

Confiram-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. Se a Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu que a conduta imputada ao recorrente caracteriza o tipo previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque comprovadas a materialidade e autoria do delito, o exame da*

> *pretensão de absolvição e de desclassificação encontra óbice na Súmula 7/STJ.*
>
> *2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 733.443/DF, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016.)
>
> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.*
>
> *2. Na espécie, concluíram as instâncias ordinárias, após exame das provas dos autos, pela tipicidade da conduta do ora agravante, em razão da existência de elementos que evidenciavam o seu liame ao entorpecente, bem como o seu envolvimento com o tráfico.*
>
> *3. Para se chegar a conclusão diversa da apresentada e acolher o pedido de absolvição, nos termos propugnados, seria inevitável o reexame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada em recurso especial pela Súmula 7/STJ.*
>
> *4.* ***Consoante jurisprudência desta Corte, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração, sendo, pois, prescindível a realização de atos de venda do entorpecente (AgRg no AREsp n. 303.213/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 14/10/2013).***
>
> *5. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 397.759/SC, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015, grifei.)

Pertinente à dosimetria, assim decidiu a Corte estadual (e-STJ fls. 281/284):

> ***As bases ficaram adequadamente assentadas nos mínimos legais, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa; sem alterações na segunda fase. Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.***
>
> *Concessa venia do entendimento do MM. Juízo a quo, assiste razão ao Ministério Público no pleito de se afastar, no caso, o redutor do § 4° do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, porquanto os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base vide artigo 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4°, segunda parte, do artigo 33 da Lei 11.343/06).* ***Nesta ação penal, com clareza solar, o apelante "está envolvido com atividades criminosas" porque guardava, para posterior venda em local conhecido como ponto de tráfico de drogas (cf. depoimento dos***

policiais militares em midia digital), 04 eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 1,43 grama; e 23 porções de maconha, com peso liquido de 42,67 gramas *(pesos líquidos, cf. auto laudo de fls. 100 e 102),* ***circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na sequência, comerciá-los no varejo em porções. Afinal, 'ponto de tráfico' significa 'ponto de comércio ilícito' que entre suas medulares características estão o 'meio de vida à margem da legalidade', a 'organização e prevenção contra a atuação das autoridades de polícia', a 'disputa clandestina do sítio utilizado na atividade' e a 'freguesia viciada'. Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional - e não regra geral - e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, ainda equiparado a hediondo*** *(STF HC n. 122594/SP Primeira Turma Rel Ministra RosaWeber - J.23.09.2014 - Dje 07.10.2014; STJ-AgRg no AREsp 3592 20/MG Sexta Turma Rel. Maria Thereza de Assis Moura J. 03.09.2013 - DJe 17.09.2013; TJSP - Apelação n; 0027092-46.2013.8.26.0050 - 15ª Câmara de Direito Criminal - Relator J. Martins J. 08.05.2014).*

Assim, à míngua de outras modificadoras, as penas resultam definitivas em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias - multa.

O regime imposto deve ser mantido, pois, muito embora não se desconheça que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 111.840/ES (27.06.2012), tenha afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, no caso sub judice ***a gravidade concreta da conduta já minuciosamente analisadas desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando*** *(cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3°, do Código Penal).*

Confira-se, por oportuno:

[...]

Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, independentemente da quantificação da pena-base.

De outra parte, não obstante a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n° 97.256/RS (Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01 09 2010), reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4°, e 44, ambos da Lei n. 11.343/06, consolidada pela Resolução n° 5/2012, do Senado Federal (que suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserta no § 4° do art. 33 do aludido diploma legal), ***o apelante, pelas razões acima apontadas, também não faz jus à almejada substituição, nos termos do artigo 44, 1 e III, do Código Penal****.*

[...]

Ex positis, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se provimento ao recurso do Ministério Público para o fim de 1) elevar

> *as penas do crime do artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06 para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, e 2) afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantida, no mais, a r. sentença.*
>
> *Superado o segundo grau de jurisdição, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão contra o condenado para o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, observado o regime prisional (STF, Plenário, Habeas Corpus n° 126.292, 17.02.2016; também definitivamente ratificado na apreciação das medidas cautelares pleiteadas nas ADC 43 e 44, 05.10.2016).* (Grifei)

Por oportuno, confira-se o seguinte excerto da sentença condenatória (e-STJ fls. 211/212):

> *Dessa forma, deve o réu ser responsabilizado. O réu é primário e inexistem provas de que se dedique à atividade criminosa. Atendendo ao consubstanciado no artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei 11343/06, não sendo desfavoráveis as circunstâncias genéricas e não sendo expressiva a quantidade de entorpecente apreendido, fixo a pena base no mínimo legal - 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa. Não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Está presente a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11343/06, razão pela qual reduzo em 2/3 (dois terços) a pena aplicada, fixando-a em 01 (um) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa. Não existem causas de aumento de pena, tornando-se definitiva a pena aplicada. Em que pese o quantum da pena aplicada, a mesma será cumprida, se frustrada a pena restritiva de direitos, inicialmente no regime fechado, por força do que dispõe o § 1º, do artigo 1º,da Lei 11.464/07.* [...] *De acordo com a Resolução 05/2012 do Senado Federal, e presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito: a) prestação pecuniária consistente no pagamento da importância equivalente a 01 (um) salário mínimo a uma entidade beneficente que será designada pelo juízo da execução, nos termos do que dispõe o artigo 45 e ss. do Código Penal; b) prestação de serviços à comunidade em atividade compatível com a aptidão pessoal do réu, pelo mesmo período da pena, à razão de uma hora por dia de condenação, em entidade que será designada pelo juízo da execução, nos termos do que dispõe o artigo 46 e ss. do mesmo Código.*

Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. É evidente, portanto, que o

benefício descrito no mencionado dispositivo legal tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Sobre o tema, confira-se a seguinte lição:

> *Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda.* (*In* Leis penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359.)

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecente apreendida também não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do agravante à atividade criminosa, à míngua de outros elementos válidos para indicar tal situação, razão pela qual entendo que ele faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.

Nesse contexto, mostra-se imperiosa a readequação das reprimendas, mantidos os demais parâmetros adotados na origem.

Na primeira etapa, mantenho a pena-base no mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, a sanção permanece naquele patamar.

Na terceira etapa, aplico a fração de 2/3 (dois terços), nos moldes do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e torno a reprimenda definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**.

Dessa forma, diante do novo *quantum* da reprimenda, bem como fixada a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias

judiciais do art. 59 do Código Penal, o agravante faz jus ao regime inicial aberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas (art. 44 do CP).

O pleito de execução provisória da pena, feito pelo Ministério Público Federal, de outra parte, não comporta deferimento por ausência de interesse. Com efeito, o Tribunal de origem determinou essa medida, no bojo da apelação criminal, ora recorrida (processo 0000212-46.2016.8.26.0556), contra a qual foi impetrado perante esta Casa o HC n. 421.915/SP, de minha relatoria, no qual deneguei a ordem de *habeas corpus* nos termos da fundamentação adiante transcrita:

> *Conforme relatado, busca a impetrante que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado do acórdão condenatório.*
>
> *Contudo, razão não lhe assiste.*
>
> *Isso porque a nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).*
>
> *Observe-se que, naquele julgamento, o STF deixou assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição "não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".*
>
> *Essa orientação foi, em seguida, adotada pela Corte Especial deste Superior Tribunal, conforme evidencia a ementa a seguir transcrita:*
>
>> *Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo.*
>>
>> *(QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em*

> *6/4/2016, DJe 26/4/2016.)*
>
> *Na mesma senda as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:*
>
> [...]
>
> *De mais a mais, no dia 5/10/2016, por 6 votos a 5, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu as cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não vedava o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição.*
>
> *Além disso, o Excelso Pretório, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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" (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 25/11/2016).*
>
> *Cumpre advertir que, embora o realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tenha afastado do julgador, dentro do seu poder geral de cautela, a possibilidade excepcional de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena, certo é que tal situação não se verifica no caso vertente, visto que não foi apontada pela defesa sequer a tese aventada no apelo raro que autorizaria a concessão da ordem, de forma a impedir a execução provisória da pena.*
>
> *No caso em comento, é importante ressaltar que, em consulta ao site do TJSP, verifiquei que os embargos de declaração opostos foram julgados em 22/3/2018 e que o acórdão foi publicado em 9/4/2018.*
>
> *Dessarte, ante a definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, reputo haver razão plausível para que não se obste o início da execução provisória da pena pelo ora paciente, adequando o caso à realinhada jurisprudência do Pretório Excelso.*
>
> *Ante o exposto,* ***denego a ordem de habeas corpus****.* (DJe de 16/4/2018.)

Tal o contexto, fica esvaziado o interesse no pedido de execução provisória da pena, feito pelo *Parquet* no parecer de e-STJ fls. 418/426.

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial**, a fim de reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 e, assim, reduzir a reprimenda do agravante para 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, mais 166 dias-multa, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de

direitos, nos moldes da sentença condenatória.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator