

# Superior Tribunal de Justiça

## HABEAS CORPUS Nº 451.581 - SP (2018/0123767-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : ANTONIO ROBERTO SOARES  
**ADVOGADO** : ANTONIO ROBERTO SOARES - SP206292  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DEVANIR ALVES (PRESO)

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor DEVANIR ALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2065784-60.2018.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o tribunal de origem, que denegou a ordem.

Nesta via, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que há dupla punição ao se utilizar a quantidade de entorpecentes para exasperar a pena-base e para excluir a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Afirma que não haveria razão para o indeferimento do direito de apelar em liberdade, pois além de as qualidades pessoais do paciente lhe serem favoráveis, não restou demonstrado, de forma concreta, de que maneira, em liberdade, poderia por em risco a instrução processual, a ordem pública e/ou a aplicação da lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal).

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva, ou, subsidiariamente, a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo.

A liminar foi indeferida às fls. 96-97.

Informações prestadas às fls. 102-110 e 113-140.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 142-149, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o ora paciente, foi preso em flagrante no dia 17/10/2017, nos autos do processo em que restou denunciado pela suposta prática do delito tipificado no arts. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, segundo consta dos autos:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*[...] DEVANIR ALVES, qualificado à folha 27, previamente ajustado com o adolescente ítalo Júlio Gonçalves dos Santos, tinham em depósito e traziam com eles drogas, a saber, 11 1,86g (cento e onze gramas e oitenta e seis decigramas) da substância TETRAHIDROCANABINOL (THC), extraída do vegetal Cannabis sativa L., ou seja, maconha, na forma de 17 porções embaladas individualmente em segmentos e papel filme e 01 porção desprovida de embalagem e 2,360 g (dois gramas e trezentos e sessenta miligramas), aproximadamente, da substância METIL BENZOIL ECGONINA, extraída do vegetal 'Erythroxylum coca L.', na forma de 14 pedras de 'crack', embalados individualmente em segmentos de papel alumínio, com a finalidade de disseminação a terceiros e em desacordo com determinação legal e regulamentar. (e-STJ fl. 29)*

Verifica-se que, no dia 18/10/2017, o Togado processante converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva, diante da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos, destacando o entendimento de que providências cautelares mais brandas não seriam suficientes na hipótese dos autos (e-STJ fls. 48-49).

Encerrada a instrução criminal, tem-se que, em 16/2/2018, foi proferida sentença julgando procedente a ação penal, ocasião em que o paciente findou condenado, em primeira instância, ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado - em razão do cometimento do crime previsto no arts. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, tendo o Juízo sentenciante vedado o seu direito de recorrer em liberdade, nos seguintes termos:

*Dados o regime aplicado e a natureza hedionda, além de permanecerem presentes os requisitos ensejadores da custódia cautelar, não se lhe permite o apelo em liberdade. Seja recomendado no estabelecimento prisional em que já se encontra. (e-STJ fl. 36)*

Irresignada com o indeferimento do apelo em liberdade, a defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal Estadual que, por sua vez, denegou a ordem, salientando que:

*[...] Ora, não se pode olvidar de que o paciente se encontra preso desde o limiar da ação penal. Contudo, embora alegue que lhe foi denegado o direito de recorrer em liberdade quando fazia jus a esse benefício, deixou de apresentar qualquer elemento apto a demonstrar que a medida privativa da liberdade era ilegal desde o início ou, se não o era, em que momento se tornou afrontosa ao ordenamento jurídico.*

*Sim, porque o que se observa, a despeito do sustentado pelo combativo impetrante, é que o MM. Juiz de Primeiro*

# Superior Tribunal de Justiça

*Grau, quando da prolação da r. sentença condenatória, manteve a segregação cautelar por entender que continuam presentes e mais fortalecidos os requisitos da prisão preventiva, máxime em face da extrema gravidade do delito de tráfico - destacadamente pela grande quantidade e variedade de drogas (111,86 g. de maconha e 2,360 g. de crack).*

*Resta sobremodo claro, portanto, que o MM. Juiz sentenciante entendeu subsistirem íntegros os motivos que orientaram a manutenção da custódia cautelar, a evidenciar a necessidade de ser negado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o seu julgamento em sede de apelação, estando o r. decisorio condenatório, nesse aspecto, em perfeita consonância com a regra do artigo 59 da Lei nº 11.343/06 e a norma inscrita no artigo 93, inciso IX, da Carta Constitucional de 1988. (e-STJ fls.22-23)*

**Delineado o contexto fático processual**, passa-se à análise dos fundamentos invocados neste *mandamus*.

Quanto aos requisitos para a prisão preventiva, verifica-se que a segregação do ora paciente encontra-se devidamente fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal, diante da necessidade de acautelamento, especialmente, da ordem e da saúde públicas, haja vista **as circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos**.

Como orienta a doutrina, a prisão preventiva pode ser ordenada "para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade. [...] A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública", "quando se tutelar, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa", deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do crime cometido e da personalidade do agente (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012).

Ora, no caso, a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - **111,86 gramas de maconha e 2,360 gramas de crack** -, bem como as circunstâncias em que foi apreendida - **em companhia de adolescente, juntamente com considerável quantia em dinheiro em espécie e outros petrechos comumente utilizados para o manuseio da droga** -, são fatores que revelam maior envolvimento com a narcotraficância, mostrando que a manutenção da prisão preventiva justifica-se, sendo realmente necessária para preservar a ordem pública e, consequentemente, acautelar o meio social.

Assim, inviável acoimar-se de ilegal o acórdão quando manteve o indeferimento do direito de recorrer em liberdade, diante da gravidade concreta da conduta e da periculosidade social do paciente.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes esta Corte Superior de Justiça:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE.*

*VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

*2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.*

*3. No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a gravidade concreta da conduta e a maior periculosidade do paciente, evidenciadas pela natureza e quantidade de droga apreendida - 38g de cocaína divididos em 72 eppendorfs e uma porção maior, da mesma droga, pesando 34,31 gramas -, o que, somado à localização de petrechos utilizados no preparo e disseminação de entorpecentes, bem como à forma de acondicionamento dos estupefacientes - em porções individuais, prontas para revenda -, demonstra a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública.*

*4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.*

*5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 426.058/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 16/03/2018)"*

*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.*

*HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento*

# Superior Tribunal de Justiça

da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

3. No caso, a prisão preventiva do paciente está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta das condutas delituosas, notadamente porque foram apreendidos 48,5 gramas de maconha e 26,8 gramas de crack, uma arma de fogo com numeração suprimida, munições, um caderno com anotações da contabilidade do tráfico e uma balança de precisão. Tais circunstâncias justificam a segregação cautelar do paciente, consoante pacífico entendimento desta Corte.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 519.073/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 16/09/2019)

Melhor sorte não socorre o impetrante no que tange ao pleito de substituição da custódia *ante tempus* por outras medidas cautelares diversas da prisão. Isso porque, entendendo as instâncias *a quo* pela imprescindibilidade da preventiva, está clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, conforme verificado, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelo paciente, diante da presença do *periculum libertatis*, bem demonstrado na espécie.

Como reiteradamente vem decidindo esta Corte Superior, é "*inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública*" (HC 524.361/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 26/09/2019).

De arremate, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, as alegadas condições pessoais favoráveis, não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu*.

Destarte, a prisão preventiva está suficientemente embasada e merece ser mantida, não havendo coação ilegal a ser sanada de ofício por esta Corte Superior de Justiça, no ponto.

Por outro lado, no que concerne ao pleito de afastamento do alegado *bis in idem*, pela valoração da quantidade da droga apreendida em momentos distintos da dosimetria, verifico que o *writ* merece ser conhecido.

Na hipótese, colhe-se da sentença condenatória:

*Primeira Fase: As circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu; porém, a grande quantidade de droga apreendida (111,86g de maconha e 2,360g de crack) indica que não se pode equiparar o delito de tráfico aqui tratado com aqueles praticados por pequenos traficantes, esses, sim,*

# Superior Tribunal de Justiça

*merecedores da pena mínima prevista.*

*Assim, **fixo a pena-base acima do mínimo legal: 07 anos de reclusão.***

*Segunda Fase: Nada a considerar nesta fase.*

*Terceira fase: Aumento a pena em 1/6 devido à incidência prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06.*

***Diminuo-a em 1/2 nos moldes do artigo 33, parágrafo quarto, da Lei 11.343/06, novamente tendo-se em vista o montante de droga apreendida. Fixo-a, pois, em 04 anos e 01 mês de reclusão em regime inicialmente fechado, único compatível com a gravidade do delito. (e-STJ fl. 36)***

O tribunal de origem, por sua vez, assim se manifestou:

*[...] Por fim, não se pode perder de vista que o MM. Juiz a quo, ao aplicar o redutor do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/2 (um meio), com base na quantidade das drogas apreendidas, acabou por incidir em bis in idem, na medida em que tal fator já havia sido considerado, adequadamente, na fixação da pena-base.*

*Logo, tendo em vista que na terceira fase da dosimetria da pena não houve justificativa adequada para a redução apenas de metade sobre o montante da reprimenda totalizada nas fases anteriores, **impõe-se a aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços)**, ficando a pena definitiva fixada na sentença diminuída para 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 291 dias-multa, no piso.*

*Vale anotar que, nesse ponto, este Relator sorteado ficou vencido, prevalecendo a douta maioria, consoante a declaração de voto vencedor do preclaro Des. De Paula Santos. (e-STJ fls. 26-27)*

Da leitura dos excertos supra, observa-se a ocorrência de *bis in idem*, pois o mesmo critério foi adotado para agravar a reprimenda na primeira e afastar a aplicação da redução da pena na terceira fase da dosimetria em seu grau máximo, procedimento que contraria a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, convém observar, no que diz à aplicação da reprimenda de piso, que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao sentenciado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, ainda, e 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, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

# Superior Tribunal de Justiça

*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.*

Contudo, ao interpretar o mencionado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

*Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.*

*(ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)*

Assim, é necessário afastar o aumento procedido na pena-base, reduzindo-a para o mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão -, dada a ausência de outras circunstâncias judiciais negativas, mantendo-se, contudo, a fração de 1/2 (metade) pela incidência da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da considerável quantidade e variedade de entorpecente apreendido.

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRIVILÉGIO NO TRÁFICO RECONHECIDO PELO JUÍZO SENTENCIANTE. AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES PARA FIXAR A PENA-BASE E PARA MODULAR A MINORANTE. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CRITÉRIO IDÔNEO E SUFICIENTE PARA OBSTAR A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*

*2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo*

# Superior Tribunal de Justiça

Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

3. Na espécie, o Juízo sentenciante levou em consideração a quantidade da droga apreendida tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal. Cumpre destacar ser incabível à Corte local sustentar que o paciente não fazia jus ao redutor para manter a fração intermediária, porquanto o privilégio foi reconhecido em primeiro grau de jurisdição, com trânsito em julgado para o Ministério Público.

4. A valoração negativa da quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente, mantido o regime inicial fechado.

(HC 422335/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FOSNECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, publicado em 21/03/2018)."

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIA E ESPÉCIE DA SUBSTÂNCIA VALORADA TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A pretensão de absolvição pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. Nos 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.

4. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da



# Superior Tribunal de Justiça

droga apreendida - 44 porções de crack (14,650g) e outros 8 invólucros da mesma substância (37,750g) - para fixar a pena-base em 1 ano acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 delituosas ou integrarem organizações criminosas.

6. Segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM, está vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, para majorar a pena-base, na primeira fase, e, na terceira, para modular a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de indevido bis in idem (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).

7. No caso, a minguada de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, certificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima (2/3), afastando-se o bis in idem constatado.

8. Aplicada a sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inviável a fixação do regime aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do Código Penal. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção final do paciente para 4 anos e 8 meses de reclusão mais pagamento de 176 dias-multa, pelo concurso material com o delito do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, mantido o regime semiaberto (HC 454494/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, publicado em 03/09/2018)"

Na segunda fase da dosimetria, mantém-se a sanção inalterada.

Por fim, aumenta-se a reprimenda em 1/6 (um sexto), em razão do reconhecimento, pelas instâncias de origem, das causas de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, resultando a pena final em **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**.

Por outro lado, verifico a existência de flagrante ilegalidade que justifica a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao regime prisional fixado em desfavor do paciente.

Sobre o tema, colhe-se do acórdão reprochado:

*Convém observar que a r. sentença, ao definir o regime prisional para o início do desconto da pena corporal, apresenta fundamentação idônea, na medida em que teve em conta a gravidade in concreto do delito, evidenciada pela a grande quantidade e a variedade das drogas apreendidas. (e-STJ fl. 26)*

# Superior Tribunal de Justiça

*In casu*, o Tribunal de origem fundamentou a manutenção do regime prisional fechado na quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos, a saber, "111,86 gramas de maconha e 2,360 gramas de crack" (e-STJ fl. 23), fundamento suficiente para a imposição do modo prisional mais gravoso.

No entanto, fixada a reprimenda em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, entende-se proporcional a escolha do regime inicial semiaberto, haja vista que a manutenção do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do paciente, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU QUE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO DE 1/2 EM RAZÃO DA VARIEDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. NOVO MONTANTE DA PENA ESTABELECIDO EM 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E 250 DIAS-MULTA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA ALTERADO DE INICIAL FECHADO PARA O SEMIABERTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*- 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.*

*- A Corte estadual afastou o reconhecimento do tráfico privilegiado com base na quantidade de drogas apreendidas, sem, contudo, haver a demonstração incontestada, por meio de outros elementos concretos extraídos dos autos, de que ele efetivamente se dedicava à atividade criminosa ou integrava organização criminosa.*

*- Nesse contexto, tendo-se em vista a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de demonstração de que o paciente se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, foi reconhecido o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, a qual foi aplicada na fração de 1/2, em virtude da variedade e quantidade de drogas apreendidas, ficando sua reprimenda definitivamente estabilizada em 2 anos e 6 meses de reclusão, além de 250 dias-multa.*

*- Apesar de o novo montante da pena permitir, em tese, a fixação do regime aberto, foi fixado o regime prisional intermediário, em virtude da gravidade concreta do delito, consubstanciada na diversidade e quantidade de entorpecentes apreendidos, circunstância essa que, inclusive, também serviu para modular o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

*- Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no HC 518.533/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 18/09/2019)"*

# Superior Tribunal de Justiça

"AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. ADOÇÃO DO FECHADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (373,8 G DE MACONHA). REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO DO SEMIABERTO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA NO PONTO.

*1. Embora a quantidade, a diversidade e a natureza do entorpecente apreendido sejam elementos aptos a justificar a adoção de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, no caso, sendo a reprimenda definitiva inferior a 4 anos, e, portanto, passível de cumprimento, em princípio, em regime aberto, a adoção do semiaberto já traz um agravamento à situação do ora agravado.*

[...]

*3. Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no HC 479.763/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019)"*

Finalmente, o entendimento que anteriormente se adotava, no sentido de que não haveria incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação do regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, foi superado e agora a orientação pacificada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que há desproporcionalidade da prisão corporal nestes casos. A propósito, pode-se citar:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA SUPERVENIENTE SEM NOVOS FUNDAMENTOS. RECURSO NÃO PREJUDICADO. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUGA INTERROMPIDA POR MEIO SUPORTE AEREO POLICIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM A MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. RECURSO DESPROVIDO. DETERMINAÇÃO DE QUE SE ADEQUE A MEDIDA CAUTELAR IMPOSTA AO REGIME APLICADO.

*1. Não obstante a superveniência de novo título, este não acrescentou novos elementos ao decreto preventivo anteriormente proferido. A sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal.*

*2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada*

# Superior Tribunal de Justiça

em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. A decisão que manteve a prisão preventiva do paciente, bem como o acórdão atacado, demonstrou satisfatoriamente a necessidade da medida extrema para se garantir a aplicação da lei penal, notadamente em razão da tentativa de fuga realizada pelo recorrente, a qual restou frustrada apenas devido a utilização de apoio aéreo pela polícia.

4. Não há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e a fixação do regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre in casu. Entretanto, faz-se necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o regime inicial determinado na sentença condenatória, sob pena de estar impondo ao condenado modo de execução mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso, em flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade.

5. Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça. Contudo, a manutenção da prisão preventiva do recorrente deve ser compatibilizada com o regime prisional aplicado, qual seja, o semiaberto.

6. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido, determinando, entretanto, que a segregação cautelar seja adequada ao regime prisional imputado ao recorrente.

(RHC 111.225/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 30/08/2019)"

Certo então que, firmada a culpabilidade do acusado, que teve a prisão preventiva decretada tendo por suporte fático a gravidade do delito, e proferida sentença condenatória, **sendo-lhe imposta reprimenda a ser cumprida em regime semiaberto**, mostra-se a cautela corporal desproporcional exatamente em razão desta particularidade.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR APENAS MANTIDA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE TÍTULO NOVO. FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. PACIENTE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. FIXADO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO AO REGIME INTERMEDIÁRIO. COMPATIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em

# Superior Tribunal de Justiça

vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. Conforme precedentes desta Quinta Turma, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na espécie.

3. No caso, a prisão preventiva do paciente está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, destacando-se o modus operandi do delito, praticado com restrição da liberdade de uma vítima (o paciente teria subtraído bens de um canteiro de obras, com a ajuda de outros agentes e mediante emprego de arma branca, que foi colocada no pescoço de uma das vítimas, a qual, em seguida, foi amarrada com fios) o que seria revelador, a priori, da periculosidade social. Ademais, o paciente permaneceu preso durante toda a instrução processual e foi condenado à pena privativa de liberdade de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto. Adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a perseguição criminal, se persistentes os motivos para a preventiva (HC 442.163/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/6/2018, DJe 28/6/2018).

5. A segregação cautelar do paciente, entretanto, deve ser adequada ao regime prisional intermediário (semiaberto) fixado na sentença. A jurisprudência dominante nesta col. Corte foi firmada no sentido da possibilidade de compatibilização entre a segregação cautelar e o regime menos gravoso estabelecido na sentença, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto (RHC 70.836/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017).

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a adequação da prisão cautelar do paciente ao regime prisional que lhe foi imposto na sentença, qual seja, o semiaberto. (HC 524.146/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019)"

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DIANTE DA CONTUMÁCIA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS A EMBASAR A CUSTÓDIA. WRIT NÃO PREJUDICADO. CONDENAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPATIBILIZAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO COM PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O princípio da insignificância é um instrumento restritivo da tipicidade penal, segundo o qual não basta que uma conduta se ajuste formalmente ao comportamento descrito no tipo penal incriminador,

# Superior Tribunal de Justiça

*também deve haver lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado.*

*2. Não se mostra possível reconhecer um reduzido grau de reprovabilidade na conduta de quem, de forma reiterada, comete vários delitos. No caso, o Magistrado de piso ressaltou que "o autuado é experimentado no crime, possuindo diversas anotações anteriores em variados municípios, em especial delitos contra o patrimônio".*

*3. A sentença penal condenatória que, ao negar o direito de recorrer em liberdade, limita-se a reiterar os fundamentos utilizados anteriormente para justificar a prisão preventiva, sem agregar novos, não conduz à prejudicialidade da ação constitucional de habeas corpus ou do recurso em habeas corpus dirigidos contra decisão antecedente de constrição cautelar.*

*4. Hipótese em que o Recorrente foi condenado às penas de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, como incurso no art. 155, § 4.º, incisos II, do Código Penal.*

*5. A segregação cautelar encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, ante o risco concreto de reiteração delitiva.*

*6. Diante da condenação em regime inicial semiaberto, a prisão cautelar deve ser compatibilizada com as regras próprias desse regime, salvo se houver prisão por outro motivo.*

*7. Recurso ordinário desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que a prisão preventiva do Recorrente observe as regras próprias do regime semiaberto.*

*(RHC 108.753/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 05/06/2019)"*

Ante exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do writ, contudo, **concedo o habeas corpus, de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código Processual Penal, para redimensionar a reprimenda para **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**, bem como determinar que o paciente aguarde em regime **semiaberto** o esgotamento da jurisdição ordinária, se por outro motivo não estiver preso.

Publique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI  
Relator