

HABEAS CORPUS Nº 526.594 - MG (2019/0237436-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCOS SAMPAIO GOMES COELHO E OUTRO
ADVOGADOS : BOLÍVAR DE ABREU OLIVEIRA - MG099697
MARCOS SAMPAIO GOMES COELHO - MG113291
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JOAO PEDRO SANTIAGO DOS REIS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JOÃO PEDRO SANTIAGO DOS REIS**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta do autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão e 650 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento à apelação ministerial e deu parcial provimento à defensiva para reduzir a pena do paciente e dos corréus João Victor e Matheus Salomão para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, tendo sido determinada a expedição de mandados de prisão e guias de execução, após o esgotamento das vias recursais naquela instância.

Neste *writ*, aponta a defesa ilegalidade em decorrência da determinação da expedição do mandado de prisão para dar início à execução da pena após o exaurimento da instância ordinária de forma automática.

Assevera que o RHC 103.521/MG, de minha relatoria, permitiu ao acusado recorrer em liberdade e deve ser mantida aquela decisão.

Sustenta a ocorrência de *bis in idem* na consideração da quantidade de drogas apreendidas para aumentar a pena-base, afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e fixar o regime inicial da pena.

Aduz, ainda, ausência de fundamentação na fixação do regime prisional mais gravoso.

Requer, assim, seja resguardado o direito do paciente recorrer em liberdade, reconhecido o *bis in idem* e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 154-155).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 166-183 e 188-210).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 213-218).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O acórdão recorrido, no tocante à dosimetria da pena está fundamentado nos seguintes termos:

"- Reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06

Requerem a defesa dos acusados a concessão do privilégio do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, argumentando que os acusados são primários e possuem bons antecedentes, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a concessão de tal benefício.

Não merece guarida a pretensão das defesas.

Primeiramente, deve-se ressaltar que o reconhecimento do privilégio, previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, não constitui mera faculdade conferida ao Magistrado, mas direito subjetivo do acusado, desde que preenchidos os requisitos presentes no parágrafo em comento.

No caso em tela, há prova efetiva nos autos de que os acusados se dedicavam à mercancia de drogas, não podendo, de fato, serem beneficiados com a citada causa de diminuição de pena.

É que a referida causa de diminuição é uma inovação legislativa que visa apenas atender apenas ao denominado traficante iniciante, aquele eventual, o que não é o caso dos acusados.

Da análise dos autos, não obstante os acusados serem primários, restou comprovado que eles foram flagrados na posse de drogas, que seriam comercializadas na região da abordagem.

Na casa de Matheus, além de drogas, também foi apreendida balança de precisão e material utilizados na dolagem de entorpecentes. **A quantidade de droga apreendida, equivalente a uma barra de maconha pesando em torno de 2kg (dois quilos), a meu ver, é expressiva e incompatível com a posse para uso.**

Em relação a Eduardo Henrique, vale observar que, quando da abordagem, dentro do apartamento de Matheus, Eduardo assumiu a propriedade de 26 (vinte e seis) micropontos de LSD, quantidade esta também incompatível com uso.

No tocante a João Pedro e a João Victor, constatou-se que eles foram abordados juntos e uma porção de droga foi arrecadada não posse do primeiro. Além disso, eles indicaram o apartamento onde as demais porções de drogas estavam sendo guardadas.

Quanto a Nuno, anote-se que ele foi apontado como fornecedor dos entorpecentes que eram comercializados e foi flagrado na posse de uma Sacola contendo drogas que seria entregue aos compradores.

Ora, a quantidade de drogas apreendidas, as circunstâncias em que as substâncias entorpecentes foram arrecadadas, a relação mantidas entre os acusados, indicam que eles não são iniciantes na mercancia de drogas, não fazendo jus, portanto, ao benefício trazido no referido § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Nesse sentido já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

[...]

Desta forma, impossível o reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, em relação aos acusados.

[...]

- Dosimetria

• Aplicação da pena

As defesas dos acusados pugnam pela redução de suas penas, diante do reexame das circunstâncias judiciais.

Sustentam que a culpabilidade é normal ao delito e, na dosimetria da pena não se deve se levar em conta a quantidade de droga.

Razão não socorre aos apelantes.

Na primeira fase da pena, o MM. Juiz “*a quo*”, considerou como desfavoráveis aos 5 (cinco) acusados, a quantidade da droga apreendida, fixando a pena-base deles 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Entendo que o binômio quantidade-natureza da droga, para majorar a pena-base, pois o binômio constitui parâmetro que deve ser observado na individualização da pena.

Prescreve o artigo 42 da Lei 11.343/06, que: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e quantidade da substância ou do produto e a conduta social do agente.”

Vale consignar que, no caso em apreço, **a quantidade de droga é expressiva, equivalente a 2.232,00g de maconha, além de 26 (vinte e seis) micropontos de LSD**, que deve ser sopesada em desfavor dos acusados.

Assim, levando-se em conta a quantidade expressiva de drogas, mantenho a pena-base dos acusados em **7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa**, não havendo o que reparar.

Vale anotar, ainda, que **não há que falar em *bis in idem* se a quantidade expressiva de drogas foi considerada para majorar a pena e também com um dos fundamentos para afastar o privilégio do artigo 33 § 4º da Lei 11.343/06.**

Pontue-se que a referida causa de redução de pena não foi concedida aos acusados, não apenas pela considerável quantidade de drogas arrecadadas, mas, sobretudo, pelas circunstâncias fáticas do caso em tela, levando-se à conclusão de que os acusados não eram iniciantes do comércio de entorpecentes.

Na segunda e terceiras fases da dosimetria, em relação aos réus Eduardo Henrique e Nuno Walfrido, ausentes agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição de pena, mantenho inalterada a pena.

Quanto aos réus Matheus, João Victor e João Pedro, na segunda etapa da pena, ausentes agravantes, vejo que foi reconhecida em favor deles a atenuante da menoridade e a reprimenda reduzida em 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa. Já, na terceira fase, inexistentes causas de aumento e de diminuição de pena, a reprimenda restou concretizada em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, para cada um dos

réus.

Merece redução, a meu ver, a pena aplicada aos réus João Victor, João Pedro e Matheus.

Isto porque, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante estabeleceram como parâmetro a fração de 1/6 (um sexto) para exasperar a pena no caso de agravantes e para reduzi-la diante de atenuantes. E, mesmo não sendo tal parâmetro uma regra obrigatória, vale consignar que o aumento ou redução acima da fração de 1/6 (um sexto) deve ocorrer de forma justificada, o que não se verificou na presente hipótese.

Assim sendo, reduzo as penas de João Victor, João Pedro e Matheus, na segunda fase em 1/6 (um sexto), concretizando-as em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, para cada réu.

Na terceira etapa, inexistentes causas de aumento e de redução de pena, mantenho a pena dos réus no mesmo patamar alcançado na etapa anterior.

Quanto à suspensão da exigibilidade da pena de multa fixada, pleiteada pela defesa de João Victor, cumpre registrar que tal pena está prevista no preceito secundário do tipo penal do artigo 33 da Lei 11.343/06, cumulativamente à pena privativa de liberdade, não podendo o Magistrado, portanto, deixar de aplicá-la.

De igual forma, a pena de multa não merece redução, uma vez que foi fixada proporcionalmente à pena privativa de liberdade.

Anote-se, por outro lado, que se porventura o apelante não tiver condições de pagar a pena de multa no prazo estabelecido no artigo 50, do Código Penal, “a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais”.

• **Regime e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**

Mantenho o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade dos acusados, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, até porque **a quantidade de droga arrecadada justifica, a meu ver, a fixação de regime mais gravoso.**

Não é cabível a substituição de pena, pois os acusados não preenchem os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

[...]

Em face do exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES, NEGÓCIO DE PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DE MATHEUS SALOMÃO DE SOUZA SARDENBERG, JOÃO VICTOR GIL MIURA DE SOUZA, JOÃO PEDRO SANTIAGO DOS REIS** apenas para reduzir suas penas para 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal.

Mantendo, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante da decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44, curvo-me ao entendimento

majoritário da Suprema Corte, no sentido de que a norma do artigo 283 do Código de Processo Penal, não impede o início da execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação.

Assim, esgotadas as vias recursais nesta instância, determino a expedição de mandado de prisão com prazo de validade de 12 (doze) anos (artigo 109, inciso III, do Código Penal) em relação aos réus João Pedro e Nuno Walfrido, que se encontram soltos (fls. 868-v/869-v) e a consequente guia de execução " (e-STJ, fls. 123-136; grifos no original)

Nos termos 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 criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os tribunais superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, observa-se que a Corte de origem manteve afastada a aplicação da minorante por entender que as circunstâncias fáticas do caso em tela e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (**2.232,00g de maconha e 26 micropontos de LSD**), comprovam o envolvimento habitual do agente com o tráfico de drogas.

Vale anotar também que o STJ Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pelo STF no ARE n. 666.334/AM.

Cito, por oportunos, os seguintes precedentes:

"[...]

- 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 criminosas.

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em

revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, inocorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017).

"[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE

666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

Ademais, vale anotar que assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, 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*.

A propósito:

"[...]

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

"[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

No tocante ao regime prisional, mais uma vez não assiste razão à defesa.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo

crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e considerando a quantidade das drogas apreendidas (**2.232,00g de maconha e 26 micropontos de LSD**) - circunstância devidamente valorada na terceira etapa da dosimetria -, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DE DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PROCESSOS EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME

FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." No caso dos autos, apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), a quantidade de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado no caso em análise, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. Inaplicáveis os enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 383.435/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

Por fim, cabe acolhimento o pedido de suspensão da execução provisória da pena.

Em 8/11/2019, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, decidiu, por maioria, ser constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de

Superior Tribunal de Justiça

todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Dessa forma, a segregação do réu antes do trânsito em julgado da condenação exige a comprovação dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP), em decisão individualizada e motivada. Logo, é manifestamente ilegal a decisão do Tribunal de origem que determinou o recolhimento provisório do paciente pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem, de ofício, para que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator