



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.509.843 - PR (2015/0016062-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : CREOMAR LINO DE CARVALHO ANTUNES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGAS. *BIS IN IDEM*. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. REAVALIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776/MS, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa.

3. O Tribunal de origem utilizou a natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder do recorrente para fins de justificar a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 em patamar diverso do máximo legal, de modo que não é possível sopesar esses elementos, novamente, para o incremento da reprimenda-base, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

4. Cabe ao Tribunal de origem, ao refazer a dosimetria da pena do recorrente, reavaliar a possibilidade de imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena e de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Havendo sido devidamente fundamentada a negativa do direito de recorrer em liberdade, com base em elementos concretos dos autos – notadamente na quantidade de droga apreendida e na possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reiteração criminosa –, deve ser mantida a custódia preventiva para a garantia da ordem pública.

6. Recurso especial parcialmente provido, nos termos do voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.509.843 - PR (2015/0016062-2)
RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : CREOMAR LINO DE CARVALHO ANTUNES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CREOMAR LINO DE CARVALHO ANTUNES interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** (Apelação Criminal n. 5002936-16.2014.404.7002/PR).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, à reprimenda de 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006 (fl. 132).

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para fixar a fração de 1/3 relativa à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, conseqüentemente, aumentar a pena do acusado para 3 anos e 8 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Alega o recorrente violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que, na dosimetria da pena, a reprimenda-base foi majorada unicamente em razão da quantidade de substância entorpecente apreendida.

Afirma que "a quantidade do produto apreendido - 623.200 g (seiscentos e vinte e três mil e duzentos gramas) da substância entorpecente *Cannabis Sativa Linneu* – não é tão significativa a ponto de legitimar o aumento da pena em 1 ano" (fl. 318).

Na sequência, aduz ofensa ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que faz jus à aplicação do patamar máximo de redução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pondera que "a quantidade de entorpecente, uma vez sopesada na primeira fase da dosimetria da pena, não pode ser novamente considerada quando da fixação do *quantum* de redução da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06" (fl. 322). Indica, no ponto, divergência jurisprudencial.

Assevera, ainda, que deve ser fixado regime inicial menos gravoso, porquanto, "tendo o acusado bons antecedentes e a pena infligida ser inferior a 4 (quatro) anos, restam preenchidos todos os requisitos legais para que o regime inicial da pena seja o aberto" (fl. 340).

Sustenta, também, que é cabível a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois "a mera quantidade da droga apreendida não pode ser invocada para obstar a substituição, o que colocaria em xeque o art. 44 do Código Penal" (fl. 339).

Por fim, entende que "não há motivos para que permaneça recolhido no cárcere, haja vista que ausentes os requisitos autorizadores da manutenção da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do CPP" (fl. 343).

Requer, assim, o provimento do recurso, para que seja: a) reduzida a pena-base; b) aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar máximo; c) fixado o regime inicial aberto; d) substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e) concedido o direito de recorrer em liberdade (fl. 345).

Contrarrazões às fls. 408-423.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 443-450, pelo "não conhecimento, em sua maior parte do recurso especial, e, na parte conhecida, por seu desprovimento" (fl. 443).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.509.843 - PR (2015/0016062-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGAS. *BIS IN IDEM*. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. REAVALIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
2. Por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776/MS, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa.
3. O Tribunal de origem utilizou a natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder do recorrente para fins de justificar a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 em patamar diverso do máximo legal, de modo que não é possível sopesar esses elementos, novamente, para o incremento da reprimenda-base, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.
4. Cabe ao Tribunal de origem, ao refazer a dosimetria da pena do recorrente, reavaliar a possibilidade de imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena e de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Havendo sido devidamente fundamentada a negativa do direito de recorrer em liberdade, com base em elementos concretos dos autos – notadamente na quantidade de droga apreendida e na possibilidade de reiteração criminosa –, deve ser mantida a custódia preventiva para a garantia da ordem pública.
6. Recurso especial parcialmente provido, nos termos do voto do relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, à reprimenda de 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, porquanto **adquiriu, importou do Paraguai e transportou, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 623.200 g (seiscentos e vinte e três mil e duzentos gramas) de maconha.**

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para fixar a fração de 1/3 relativa à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, conseqüentemente, aumentar a pena do acusado para **3 anos e 8 meses de reclusão.**

II. Redução da pena-base

No que tange à pretendida redução da reprimenda-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; comportamento da vítima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o Juiz deve considerar, ainda, e **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, as instâncias ordinárias entenderam devida a exasperação da pena-base do recorrente, sob o fundamento de que "As circunstâncias do crime são graves em razão da **quantidade da substância** traficada pelo réu (mais de 600 kg de maconha), fato que revela, potencialmente, elevado risco de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública" (fl. 131), o que evidencia que atuaram em estrita consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Esta Corte tem entendido que a quantidade de drogas é suficiente para ensejar o aumento da pena-base. A propósito, confira-se: "É legítima a exasperação da reprimenda do crime de tráfico de drogas com base na quantidade da droga apreendida" (HC n. 326.748/SC, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 26/8/2015).

Portanto, havendo sido concretamente fundamentada a exasperação da pena-base do acusado, fica afastada a alegada violação do art. 59 do Código Penal.

III. A fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Assim, observa-se que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida.

2. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.429.866/MT, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 1º/6/2015).

No caso, a Corte regional considerou devida a incidência da **fração de 1/3**, uma vez que "a quantidade de drogas é bastante elevada, atinge mais de 600 kg do entorpecente *Cannabis sativa Linneu*", bem como salientou que "tal circunstância permite que se conclua que o réu não é aquele pequeno traficante que eventualmente se dedica à atividade criminosa" (fl. 291).

III. a) *Bis in idem*

Embora o Tribunal de origem tenha fundamentado, concretamente, a aplicação da minorante no patamar de 1/3, faço lembrar que, por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776/MS, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que **as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não cumulativa. Esse fato privilegia, de acordo com o relator (Ministro Teori Zavascki), o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Com a devida vênia, **permito-me dissentir de tal posicionamento.** Isso porque, seguindo a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, entendo que, na primeira fase, a quantidade e a natureza da droga apreendida são usadas como circunstância judicial, indicativas da intensidade da lesão à saúde pública, e, na terceira, como reveladoras do grau de envolvimento do acusado com o narcotráfico.

Não se pode olvidar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

No entanto, diante do entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entendo que, embora a referida decisão não seja dotada de caráter vinculante, **não há razões para insistir na manutenção da tese contrária, até então sedimentada neste Superior Tribunal, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.**

Aliás, em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria da pena.**

Sobre a questão posta em discussão, menciono o seguinte julgado desta Sexta Turma, em que já se seguiu a compreensão consagrada pelo Plenário da Suprema Corte:

[...]

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

(HC n. 294.636/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 29/9/2014).

No julgado referido, determinou-se, portanto, que o Magistrado de primeiro grau procedesse à nova dosimetria da pena, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga somente em uma das etapas da dosimetria.

Ainda, menciono o seguinte precedente da Corte Suprema, também seguindo a orientação firmada pelo Pleno:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA.

1. A escolha do patamar de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não prescinde de adequada fundamentação.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. Ordem de *habeas corpus* concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida.

(HC n. 123.999/MT, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 28/10/2014)

A Segunda Turma do Supremo Tribunal também possui idêntica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compreensão sobre o tema. A propósito: **HC n. 123.534/RJ**, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, DJe 10/10/2014.

Dessa forma, uma vez que o Tribunal de origem utilizou o mesmo fundamento (quantidade da droga apreendida) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 no patamar de 1/3, tenho como evidenciada a **ofensa ao princípio do ne bis in idem**.

III. b) Precedentes

Ressalto que solução idêntica foi adotada no **HC n. 308.835/SP**, de minha relatoria, julgado em 28/4/2015, em que esta colenda Sexta Turma, à unanimidade, reconheceu a ocorrência de *bis in idem* no fato de as instâncias ordinárias terem utilizado o mesmo fundamento (naquele caso, a elevada quantidade de drogas) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 no patamar de 1/6.

Na ocasião, concedeu-se habeas corpus, de ofício, para determinar que o Juiz de primeiro grau procedesse à nova dosimetria da pena, com a utilização da quantidade e/ou da natureza da droga em somente uma das etapas da dosimetria.

Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que as circunstâncias relativas à natureza e/ou à quantidade de drogas apreendidas só podem ser sopesadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa. Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não há razões para insistir na manutenção da tese contrária, até então sedimentada neste Superior Tribunal.

2. Deve ser reconhecida a ilegalidade na individualização da pena, pois a instância antecedente utilizou o mesmo fundamento (elevada quantidade de drogas) para justificar tanto a exasperação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base da paciente quanto a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, no patamar de 1/6.

3. O Juiz de primeiro grau, ao proceder à nova dosimetria da pena, deverá observar que, mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena – com a utilização da quantidade da droga em somente uma das etapas da dosimetria – e analise a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial diverso do fechado, à luz do disposto no art. 33 do CP.

No mesmo sentido, menciono o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA UTILIZADA DE FORMA CUMULATIVA EM DUAS FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...]

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas com um condenado por tráfico de entorpecentes só podem ser usadas, quando da dosimetria da pena, na primeira ou na terceira etapa do cálculo e sempre de forma não cumulativa, sob pena de bis in idem. Por outro lado, não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena (Precedente).

4. Na espécie dos autos, o fundamento para a fixação do regime fechado, além de assentado no impedimento legal, foi abstrato e genérico, o que não constitui motivação suficiente.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o Juízo de primeiro grau refaça, de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada, a dosimetria da pena, observando-se os parâmetros delineados nesta decisão, bem como, afastada a vedação abstrata quanto ao regime de cumprimento de pena, fixe, ante o novo cálculo da pena, o regime mais adequado ao paciente, cassando-se a liminar anteriormente deferida. (HC n. 318.162/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 13/5/2015)

Dessa forma, **entendo que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deve realizar nova dosimetria da pena, com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria.**

IV. Regime inicial de cumprimento de pena e substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena e à almejada substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, entendo que caberá ao Tribunal de origem, ao refazer a dosimetria da pena do recorrente (tal como determinado nesta decisão), reavaliar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, à luz do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como a eventual possibilidade de substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

V. Direito de recorrer em liberdade

Sobre a matéria posta em discussão, registro que a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que "toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal" (RHC n. 47.588/PB, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/8/2014).

Isso significa dizer que, **para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP**, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (fundamentação *ope legis*).

Dito de outro modo, para a decretação da prisão preventiva, são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessários prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como ao menos uma das exigências cautelares previstas no art. 312 do Código de Processo Penal (*periculum libertatis*).

No caso, verifico que a Corte de origem manteve a segregação cautelar do recorrente, tendo em vista "a grande quantidade de substâncias entorpecentes" (fl. 300). Na ocasião, salientou, ainda, que (fl. 330):

Conforme se pode ver, o principal motivo da decretação da prisão preventiva do acusado foi **garantir a ordem pública em razão da possibilidade de que voltasse ele a delinquir**. Sobre isso, aliás, de se registrar que o acusado, quando de seu interrogatório na fase judicial, afirmou ter aceitado a tarefa de transportar as drogas por estar em dificuldades financeiras, situação que, por óbvio, não se alterou desde a sua prisão em flagrante. Desse modo, por cautela a segregação constitui a medida mais adequada.

Na ocasião, o Tribunal Regional de origem também salientou que o recorrente "já foi condenado por crime doloso em outro processo" (fl. 300), elementos que, a toda evidência, demonstram a necessidade de manutenção da custódia preventiva do acusado para a **garantia da ordem pública, notadamente para o fim de evitar a reiteração criminosa**.

Registro que este Superior Tribunal tem, repisadamente, decidido que o fundado receio de reiteração delitiva enseja a custódia preventiva para a garantia da ordem pública. Exemplificativamente:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE DE ARMA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. GRAVIDADE CONCRETA. ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. **Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Na espécie, a custódia cautelar foi mantida para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta dos agentes, cujas folhas de antecedentes registram prática reiterada de delitos.

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 57.068/BA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 23/4/2015).

Por tais razões, havendo sido devidamente fundamentada a negativa do direito de recorrer em liberdade, com base em elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciam a imprescindibilidade de manutenção da custódia preventiva para a garantia da ordem pública, fica afastada a alegada violação do art. 312 do CPP.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento, em parte, ao recurso especial**, para reconhecer a apontada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e determinar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

a) proceda à nova dosimetria da pena, com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria;

b) após refazer a dosimetria da pena, analise a eventual possibilidade de fixar ao recorrente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como de substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0016062-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.509.843 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50012049720144047002 50029361620144047002 PR-50012049720144047002
PR-50029361620144047002

PAUTA: 16/02/2016

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CREOMAR LINO DE CARVALHO ANTUNES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.