



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.249 - CE (2013/0007209-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RIOLANDO ARRAIS MAIA FILHO
ADVOGADO : RIOLANDO ARRAIS MAIA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : JOSE CLAUDIO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. *MODUS OPERANDI*. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE A SER FEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. *In casu*, a custódia cautelar foi mantida, na sentença, para o resguardo da ordem pública, em razão das circunstâncias específicas do caso ora em exame, notadamente a gravidade concreta dos fatos. Salientou o Juízo de primeira instância "a desenvoltura com que o crime foi praticado, haja vista o esquema idealizado pelos acusados para trazer o entorpecente do Estado de São Paulo pela via terrestre em automóvel particular até o Estado do Ceará, camuflada de viagem a passeio, enquanto o destinatário se fazia passar por empresário de barraca de praia, demonstrando a capacidade dos acusados de se organizar para a prática delituosa e nela se perpetuar, se não fosse a intervenção do Estado opressor". O Tribunal de origem, por sua vez, ressaltou que "o paciente permaneceu, durante todo o 'iter' processual, aprisionado, sendo (...) ilógico manter o paciente encarcerado durante toda a formação da culpa para depois de condenado, libertá-lo para o aguardo do trânsito em julgado".

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ainda não sobreveio trânsito em julgado da condenação do paciente, razão pela qual os autos devem ser remetidos ao Tribunal de origem para que fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal *a quo* fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 14 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.249 - CE (2013/0007209-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RIOLANDO ARRAIS MAIA FILHO
ADVOGADO : RIOLANDO ARRAIS MAIA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : JOSE CLAUDIO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ CLÁUDIO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (HC n.º 0078612-90.2012.8.06.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa:

III - DISPOSITIVO:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para condenar os acusados JOSÉ CLÁUDIO DOS SANTOS e (...), pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, de acordo com o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

No tocante ao acusado JOSÉ CLÁUDIO DOS SANTOS, analisando as circunstâncias judiciais, levando-se em conta os antecedentes do acusado, à personalidade, do agente, que não tem registro de influência do crime, mas observando a censurabilidade da conduta, tendo em vista a grande reprovação social da prática do crime de tráfico de drogas e em face das consequências desse crime, levando-se em conta o grande mal que o tráfico de drogas traz para a população, destruindo famílias e fazendo prosperar o crime organizado, além dos motivos que levam à prática dessa conduta, vez que tem como única finalidade o lucro financeiro fácil, mesmo que à custa da desgraça alheia, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão, que torno definitiva em face da inexistência de circunstâncias atenuantes, agravantes e causas de diminuição e de aumento de pena, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, de acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(...)

E finalmente, nego o direito dos acusados de apelarem em liberdade, tendo em vista a desenvoltura com que o crime foi praticado, haja vista o esquema idealizado pelos acusados para trazer o entorpecente do Estado de São Paulo pela via terrestre em automóvel particular até o Estado do Ceará, camuflada de viagem a passeio, enquanto o destinatário se fazia passar por empresário de barraca de praia, demonstrando a capacidade dos acusados de se organizar para a prática delituosa e nela se perpetuar, se não fosse a intervenção do Estado opressor (fls. 49/50).

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O sentenciado JOSÉ CLÁUDIO DOS SANTOS foi denunciado e condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecente, cuja individualização da pena (...) não atendeu ao disposto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11/343/06, no que tange ao quesito de bons antecedentes, tendo em vista que o referido critério já foi computado quando da análise das circunstâncias judiciais dispostas na conformidade do art. 59 do Código Penal sob pena de violação ao princípio "bis in idem".

Contudo, assiste razão à defesa de JOSÉ CLÁUDIO DOS SANTOS quando também se refere à circunstância da primariedade, tendo em vista que tal critério não se encontra presente no art. 59 do Código Penal, eis que os bons antecedentes não se confundem com primariedade, conforme bem decidiu o STJ, que adiante se vê:

(...)

Desta sorte, acolho os embargos da defesa de JOSÉ CLÁUDIO DOS SANTOS para o fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 no cálculo da individualização da pena do referido sentenciado.

Ante o exposto, DIMINUO em 1/3 (um terço) a pena de 07 (sete) anos até então encontrada, em face da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, considerando a primariedade do sentenciado, tornando definitiva a pena de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, de acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (fls. 58/59).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, pendente de julgamento, e impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi denegada, *in verbis*:

O paciente foi flagrado, no dia 3 de abril de 2011, juntamente com outro, no interior de um Volkswagen Fox, com 6,44 Kg de cocaína, acondicionada em 6 (seis) pacotes escondidos no painel do veículo.

Processado, restou condenado, inicialmente, a sete anos de reclusão, tendo sido a censura penal reduzida para quatro anos e oito meses em razão de provimento a dois embargos de declaração interpostos ainda no primeiro grau, reconhecendo-se, em favor do apenado, a minorante do art.33 § 4º. da Lei nº. 11.343/03 na fração de 1/3 (um terço).

Alegou-se, inicialmente, na impetração que deveria ter sido fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, mormente por ter sido reconhecido ao apenado o privilégio legal já mencionado.

No ponto, a questão aqui trazida à baila, numa simples e epidérmica interpretação, poderia levar à conclusão de que, de fato, o paciente faria jus ao regime menos gravoso, considerada a quantidade da pena que lhe foi imposta.

As Cortes Superiores têm se debruçado sobre o tema e, recentemente, o STF declarou, no julgamento do HC nº. 111.840 do Espírito Santo, relator eminente Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, *incidentaliter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, da Lei nº. 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº. 11.464/2007, permitindo, assim, a fixação de regime diverso do inicialmente fechado aos condenados por tráfico de drogas.

Mesmo considerando o entendimento manifestado pela egrégia corte no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso retromencionado, ressalto, incidenter tantum e, portanto, não vinculante, ousou discordar, pedindo vênia a pensamentos diversos, para dizer que, em casos que tais, quando cometidos após a publicação da Lei nº. 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º. do art. 2º. da Lei nº.8.072/90, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena é obrigatório, fazendo minhas as palavras da Sub-Procuradora Geral da República Débora Duprat, em sustentação oral durante sessão da Suprema Corte, em 14 de junho próximo passado:

"Para a Procuradoria da República, porém, não há ofensa aos princípios da individualização da pena ou inconstitucionalidade. É preciso ter um certo cuidado na leitura que se faz do princípio constitucional da individualização da pena, sob pena de nós acabarmos com qualquer possibilidade de política criminal nesse país. Esse princípio não pode significar uma impossibilidade de, diante de determinados crimes, de determinadas ameaças à sociedade, o legislador não ter a liberdade de estipular um regime diferente daquele previsto no Código Penal e estabelecer uma política criminal mais severa".

O legislador infraconstitucional, ao fixar o regime inicial fechado para o cumprimento de penas de crimes que considera mais gravosos, dentre eles o tráfico, nada mais fez que atender aos reclamos de uma sociedade bastante fragilizada com o aumento da criminalidade.

Não nos esqueçamos que o tráfico de drogas é a "locomotiva", por assim dizer, dos outros crimes, os quais financia para o seu próprio sustento, corrompendo o tecido social em sua entranha. Acaba com famílias, transforma jovens em seres autômatos que passam a viver para e em função da droga, praticando toda espécie de crime com o fim único de satisfazer o seu vício. E quem está por trás disso não é ninguém senão o traficante, desde os menores, aos maiores, do "aviãozinho" que entrega a droga, ao "importador" de toneladas. Ao Estado incumbe a obrigação de combatê-los, tendo que fazê-lo severamente, seja com imposição de penas mais graves, seja com tratamento diferenciado em relação aos demais crimes. E foi isso que fez o legislador infraconstitucional, nomeando condutas como crimes hediondos, ao tempo que se lhes impõe restrições de natureza penal e processual penal. Identifica-se, no caso, o crime que é mais agressivo à vítima, à sociedade e ao Estado, considerando-o de forma diferenciada em relação aos demais. Muito se fala da dignidade da pessoa humana, no caso do condenado a crime hediondo relacionando-o a possibilidade de auferimento de benesses processuais e penais. Olvida-se, no contraponto, ao meu sentir, da dignidade da vítima e de seus familiares atingidos pela conduta criminoso do agente. Qual dignidade teria mais relevância? Qual interesse teria maior preponderância, o individual ou o coletivo?

Assim é que entendo que a expressão legal que prevê o regime inicial fechado para os crimes hediondos não vilipendia a garantia constitucional da individualização da pena, erigindo, tão somente, o legislador, determinados crimes, ao patamar de gravidade elevada, estabelecendo um regime próprio de individualização e cumprimento da pena.

No respeitante à pretensão de aguardar solto o julgamento de recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de apelação, acresço que o paciente permaneceu, durante todo o "iter" processual, aprisionado, sendo a orientação dominante no STJ: "O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva, quando persistirem os motivos autorizadores da custódia cautelar (Precedentes)" (STJ, 5ª T., HC nº 100171/PR, rei. Min. Felix Fischer, DJe de 16/06/2008).

De fato, ilógico manter o paciente encarcerado durante toda a formação da culpa para depois de condenado, libertá-lo para o aguardo do trânsito em julgado. Segundo, MOSSIN, Heráclito Antônio. In Comentários ao código de processo penal. São Paulo : Manole, 2005, p. 1193), "é exatamente nesse momento procedimental que a função de garantia provinda daquela cautelar surtirá seu efetivo efeito processual sobre o ius libertatis do indivíduo, que está sendo objeto da persecutio criminis" .

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento da impetração, denegando a ordem (fls. 114/117).

No presente *mandamus*, alega o impetrante que o regime inicia, fechado foi fixado, tão somente, com base no art. 2º da Lei n.º 8.072/90, o qual já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Aduz que o paciente é possuidor de circunstâncias judiciais favoráveis à concessão do regime semiaberto.

Invoca o enunciado da súmula vinculante n.º 26 e das súmulas n.º 718 e n. 719 da Suprema Corte.

Sustenta, ainda, que sendo, concedido o regime menos gravoso ao paciente, por reflexo lhe recai o direito de apelar em liberdade, invocando o princípio da proporcionalidade.

Requer, liminarmente e no mérito, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como seja assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Foram prestadas informações às fls. 131/143.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo Gustavo Gonet Branco, pelo não conhecimento do *writ*, mas "por sua concessão, de ofício, para que o juízo das execuções avalie, em face dos seus pressupostos legais, o pedido de regime inicial de cumprimento diverso do imposto" (fl. 148).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.249 - CE (2013/0007209-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. *MODUS OPERANDI*. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE A SER FEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. *In casu*, a custódia cautelar foi mantida, na sentença, para o resguardo da ordem pública, em razão das circunstâncias específicas do caso ora em exame, notadamente a gravidade concreta dos fatos. Salientou o Juízo de primeira instância "a desenvoltura com que o crime foi praticado, haja vista o esquema idealizado pelos acusados para trazer o entorpecente do Estado de São Paulo pela via terrestre em automóvel particular até o Estado do Ceará, camuflada de viagem a passeio, enquanto o destinatário se fazia passar por empresário de barraca de praia, demonstrando a capacidade dos acusados de se organizar para a prática delituosa e nela se perpetuar, se não fosse a intervenção do Estado opressor". O Tribunal de origem, por sua vez, ressaltou que "o paciente permaneceu, durante todo o 'iter' processual, aprisionado, sendo (...) ilógico manter o paciente encarcerado durante toda a formação da culpa para depois de condenado, libertá-lo para o aguardo do trânsito em julgado".

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Ainda não sobreveio trânsito em julgado da condenação do paciente, razão pela qual os autos devem ser remetidos ao Tribunal de origem para que fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas, o Tribunal *a quo* fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao direito de recorrer em liberdade, impende destacar que, 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.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

In casu, a custódia cautelar foi mantida na sentença para o resguardo da ordem pública, em razão das circunstâncias específicas do caso ora em exame, notadamente a gravidade concreta dos fatos.

Salientou o Juízo de primeira instância "a desenvoltura com que o crime foi praticado, haja vista o esquema idealizado pelos acusados para trazer o entorpecente do Estado de São Paulo pela via terrestre em automóvel particular até o Estado do Ceará, camuflada de viagem a passeio, enquanto o destinatário se fazia passar por empresário de barraca de praia, demonstrando a capacidade dos acusados de se organizar para a prática delituosa e nela se perpetuar, se não fosse a intervenção do Estado opressor" (fl. 50).

Ademais, o Tribunal de origem ressaltou que "o paciente permaneceu, durante todo o "iter" processual, aprisionado, sendo (...) ilógico manter o paciente encarcerado durante toda a formação da culpa para depois de condenado, libertá-lo para o aguardo do trânsito em julgado" (fl. 117).

Ao que se me afigura, portanto, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão preventiva se sustenta, porque nitidamente vinculada a elementos de cautelaridade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nunca é demais lembrar que a prisão processual somente pode ser decretada em situações excepcionais, com fulcro em dados concretos. Nesse âmbito, vê-se que a medida extrema, conforme demonstrada, lastreou-se em elementos concretos, a saber, a gravidade *in concreto* do crime, demonstrada pelo *modus operandi* empregado.

Dessarte, estando o decreto prisional lastreado em elementos concretos colhidos dos próprios autos, não há imputar qualquer ilegalidade à custódia. Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 14 DA LEI 10.826/2003. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS E APETRECHOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.

I - A prisão cautelar, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, que somente poderá ser adotada quando os motivos do caso concreto, devidamente fundamentados no art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrarem a sua imprescindibilidade.

II - Demonstrados requisitos necessários para a decretação da prisão processual, de rigor sua manutenção, porquanto a garantia da ordem pública encontram-se devidamente fundamentada na significativa quantidade e natureza da droga apreendida em poder do Recorrente, bem como no *modus operandi* empregado na prática criminosa, em que o acusado foi preso em flagrante, em conhecido ponto de venda de drogas, na posse de 30 (trinta) pedras de crack, acondicionadas e prontas para distribuição, além de dois revólveres calibre 38, aparentemente usados para segurança da traficância, evidenciando sua acentuada periculosidade para o meio social. Precedentes.

III - A presença de condições favoráveis, tais como residência fixa, primariedade e ocupação lícita, embora devam ser devidamente valoradas, não são suficientes, por si sós, para obstar a decretação da prisão cautelar, quando, devidamente embasada nos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, esta mostrar-se necessária.

IV - Dadas as circunstâncias anteriormente destacadas, as quais demonstram a necessidade e adequação da segregação cautelar do Paciente, torna-se evidente a ineficácia das cautelas alternativas, apontadas nos arts. 319 e 320, do Código de Processo Penal, no que se refere à garantia da ordem pública no caso dos autos (v.g. HC 268.275/MG, 5ª T, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.06.13, DJe 13.06.13 e RHC 39449/MG, 5ª T, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05.09.13 e DJe 11.09.13).

V - Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 49.667/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 29/08/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 3. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA.

PARTICULARIDADES APONTADAS NA TOTALIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO QUE AUTORIZAM O TRATAMENTO MAIS RIGOROSO. 4. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME E MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO RÉU. MODUS OPERANDI.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despidendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade.

3. As decisões judiciais devem ser analisadas como um todo e não por capítulos. No caso, a sentença condenatória, de uma maneira geral, demonstrou que as condutas perpetradas pelo paciente merecem tratamento mais rigoroso. O que está em análise é o fato em si, a conduta praticada pelo réu, o seu proceder perante o crime, e não a técnica redacional do juízo sentenciante. Justamente por tais razões que, não raras vezes, volto minha atenção para toda a narrativa da sentença, a fim de aferir se há necessidade de imposição da cautelar extrema.

4. Na espécie, a constrição cautelar justifica-se em razão da gravidade concreta dos crimes, evidenciada pelo modus operandi da ação delituosa, a qual gerou condenação ao réu de mais de 17 (dezessete) anos de reclusão em razão da prática de crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e falsificação de documentos, tendo o réu sido apreendido com razoável quantidade de drogas de natureza diversa, sendo algumas delas (crack e cocaína) altamente lesivas e viciadoras - a saber, 35 (trinta e cinco) pedras de crack, 200g (duzentos gramas) de maconha, 10,2g (dez gramas e dois decigramas) de cocaína e 0,6g (seis decigramas) de crack.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assentou-se, ainda, a maior periculosidade social do réu, reincidente na prática delitiva. Vale ressaltar que ao réu foi concedida liberdade provisória no curso da ação penal não pela falta de preenchimento dos pressupostos da prisão ou em razão de eventuais atributos pessoais, mas por excesso de prazo na formação da culpa. Essa conjuntura torna evidente a necessidade de preservação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Ordem não conhecida.

(HC 296.381/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 04/09/2014)

Assim, dada as particularidades acima citadas, indicativas da necessidade do encarceramento, penso ser inviável a liberação do recorrente, visto que existente fundamentação idônea da cautelaridade.

No mais, mister destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pelo Pretório Excelso a obrigatoriedade do regime inicial fechado nas condenações por crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Não é outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte, que adotou o posicionamento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Na hipótese vertente, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Ainda não sobreveio trânsito em julgado da condenação do paciente, razão pela qual os autos devem ser remetidos ao Tribunal de origem para que fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício**, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal *a quo* fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0007209-0

HC 263.249 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 130116920118060034 786129020128060000

EM MESA

JULGADO: 14/10/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RIOLANDO ARRAIS MAIA FILHO
ADVOGADO	: RIOLANDO ARRAIS MAIA FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE	: JOSE CLAUDIO DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: MARCOS PEREIRA CONSTÂNCIO

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.