



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.222 - SP (2014/0236335-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO CESAR COLETA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÕES ANTERIORES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, utilizada como maus antecedentes pela instância **a quo**, é causa suficiente para impedir a incidência da minorante, eis que há indicativo que o paciente se dedicaria "às atividades criminosas", incorrendo, portanto, o redutor legal previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (**Precedentes**).

IV - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, considerando que o paciente não preenche os requisitos legais. Para se infirmar tal assertiva, e concluir pela inexistência de indicativos de que o paciente se dedica a atividade criminosa, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena.

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.222 - SP (2014/0236335-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de PAULO CESAR COLETA DOS SANTOS, contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime inicial fechado, e 583 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo defensivo para tão somente reduzir a pena de multa.

Eis a ementa do v. acórdão reprochado:

"APELAÇÃO - TRÁFICO - Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar materialidade e autoria - Prova extremamente bem examinada pela D. Magistrada, não havendo dúvida quanto à autoria e materialidade do crime de tráfico, impossibilitando a absolvição ou desclassificação - Redução da pena-base - Necessidade - Processos em andamento que não constituem maus antecedentes - Revelia em processo distinto que não constitui fundamento idôneo à exasperação da pena - Pleito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4. da Lei nº 11.343/06 - Impossibilidade - Circunstâncias fáticas (elevadíssima quantidade de drogas e sua variedade) que indica dedicação à espúria traficância - Pena superior a 04 anos que impossibilita sua substituição por restritivas de direitos - Regime inicial fechado único compatível à gravidade dos fatos - Recurso defensivo parcialmente provido" (fl. 30).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante que é cabível o redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Postula, ademais, o regime inicial menos gravoso.

Sustenta, ainda, que o paciente preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos estipulados no art. 44 do CP, sendo, portanto, possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (fls. 13-15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida (fl. 45).

Informações prestadas às fls. 54-85.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 89-100, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.222 - SP (2014/0236335-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÕES ANTERIORES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A condenação anterior, ainda que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transitada em julgado, utilizada como maus antecedentes pela instância **a quo**, é causa suficiente para impedir a incidência da minorante, eis que há indicativo que o paciente se dedicaria "às atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o redutor legal previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (**Precedentes**).

IV - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, considerando que o paciente não preenche os requisitos legais. Para se infirmar tal assertiva, e concluir pela inexistência de indicativos de que o paciente se dedica a atividade criminosa, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do **habeas corpus**.

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena.

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Na presente impetração busca-se a aplicação da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima.

Argumenta o impetrante, em síntese, que *"a defesa entende cabível, se reconhecido e aplicado o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, a substituição da pena corporal imposta por penas restritiva de direitos em casos como este, TRÁFICO PRIVILEGIADO, com base na inconstitucionalidade da vedação de conversão em restritiva de direitos (art. 33 § 4º, parte final e 44 da Lei de Drogas)"* (fl. 13).

Da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo**, ao confirmar a sentença, considerou as condenações anteriores - mesmo não transitadas em julgado - como fator apto a justificar a não incidência da fração redutora de pena disposto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. Trago excerto da decisão ora combatida, **verbis**:

"De outro vértice, a MM. Juíza a quo deixou de aplicar a causa especial de diminuição das penas prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11343/2006, salientando que o réu, obviamente, se dedica a atividade criminosa e fomenta organização igualmente criminosa, tanto que vendia e expunha à venda as porções de entorpecente.

Ressaltou, ainda, que o material apreendido não é criação ou produção dele, mas derivado de alguém, para quem ele presta contas: isso implica em organização, e odiosa; não bastasse a recidiva, ou seja, outro envolvimento criminal (tem passagem porte ilegal de arma de fogo e homicídio, embora sem registro de condenação definitiva)

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar a atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.

No caso dos autos, o réu não pode ser tido como pequeno traficante, eis que foi surpreendido, guardando e tendo em depósito vultosa quantidade e variedade de drogas. Relembre-se: 115 (cento e quinze) eppendorfs plásticos contendo cocaína em pó, com peso total de 97,48 g (noventa e sete gramas e quarenta e oito centigramas), de cocaína, 85 (oitenta e cinco) invólucros de crack, com peso de 29,73g (vinte e nove gramas e setenta e três centigramas), e mais 8 (oito) porções de maconha, com peso total líquido de 27,06 g (vinte e sete gramas e seis centigramas).

Frise-se, que a cocaína e o crack são entorpecentes de altíssimo potencial lesivo, sobretudo o crack, altamente viciante e que degenera o ser humano, atingindo, reflexamente, toda a sociedade como mola propulsora delitiva.

Assim, injusto que o réu pudesse ser beneficiado com a mesma redução de pena que o pequeno traficante (ou "traficante de primeira viagem"), que é surpreendido vendendo algumas poucas porções de drogas.

Não se olvide, ainda, que tamanha quantidade de drogas não é facilmente obtida do dia para noite - mormente por pessoa de baixo rendimento mensal - sendo certo que ninguém confiaria enorme quantidade de entorpecentes, de altíssimo valor no mercado espúrio, a um usuário ou traficante qualquer.

Enfim, por todos os fatores ora elencados, restou demonstrado que o réu se dedicava à atividade, fazendo do tráfico seu meio de vida" (fls. 36-38).

Com efeito, consta tanto da sentença quanto do acórdão - para também negar a aplicação do redutor -, *"que o material apreendido não é criação ou produção dele, mas derivado de alguém, para quem ele presta contas: isso implica em organização, e odiosa; não bastasse a recidiva, ou seja, outro envolvimento criminal (tem passagem porte ilegal de arma de fogo e homicídio, embora sem registro de condenação definitiva). Afastar tal entendimento demandaria incursão fático-probatória, inviável na estreita via do **habeas corpus**.*

Esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, visto se tratar de dedicação a atividades criminosas, óbice previsto no §4º do referido preceito de regência.

Ademais, os requisitos previstos na causa de diminuição são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles induz a não aplicação da causa de diminuição de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colaciono precedentes desta eg. Corte que corroboram a tese ora aventada,

verbis:

"CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 14 DA REVOGADA LEI N.º 6.368/76. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, quando, além de o agente tiver sido condenado pelo crime do art. 14 da Lei n.º 6.368/76, o que demonstra a sua dedicação a atividades ilícitas e a sua participação em associação criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes" (HC n. 216918/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 5/2/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...]

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

[...]

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada" (HC n. 270931/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 25/10/2013 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

[...]

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.

[...]

*5. Ordem denegada" (HC n. 162.212/GO, Sexta Turma, Rel. Min. **Og Fernandes**, DJe de 2/8/2010 – grifei).*

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, a r. sentença - mantida pelo v. acórdão ora vergastado - fixou o regime inicial fechado (fl. 26), estabelecendo a pena base acima do mínimo legal, conforme se depreende do excerto abaixo colacionado, **verbis**:

"Na aplicação da pena, verificando as diretrizes do art. 59 do Código Penal, maus antecedentes (porte de arma de fogo e homicídio, além de revelia por ter ficado em local desconhecido da justiça, importando descaso e menor intenção de se curvar ao ordenamento jurídico) 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias - multa. A pena não tem redução qualquer pelo §4º, do art. 33, da Lei11343/06, porque o réu, obviamente, se dedica a atividade criminosa e fomenta organização igualmente criminosa, tanto que vendia e expunha à venda as porções de entorpecente. O material apreendido não é criação ou produção dele, mas derivado de alguém, para quem ele presta contas: isso implica em organização, e odiosa; não bastasse a recidiva, ou seja, outro envolvimento criminal (tem passagem porte ilegal de arma de fogo e homicídio, embora sem registro de condenação definitiva). A pena privativa de liberdade será descontada inicialmente no regime fechado e o réu não poderá aguardar o trânsito em julgado em liberdade. O tráfico de drogas, a cada dia aliciando incautos jovens no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nefasto mundo das drogas, cuja dependência é célere em acontecer e quase nunca se conseguiu a desintoxicação química, leva a família, amigos, colegas, filhos, pais, profundo sofrimento, ao lado do infeliz viciado. Por isso o réu será mantida segregado do convívio social [...]" (fl. 26).

Pois bem. Verifica-se que o regime fechado foi fixado tanto em primeira quanto em segunda instância em razão dos maus antecedentes do paciente. A despeito de o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07 - o regime fechado se impõe, visto que a condenação à pena acima de 4 anos e a valoração negativa das circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do CP autorizam o regime mais gravoso.

Este também é entendimento perfilhado por esta Corte, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Não há ilegalidade a ser reconhecida no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da existência de maus antecedentes. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

3. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na medida em que, conforme consignado pelas instâncias ordinárias, de forma devidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada, o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

4. *A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.*

5. ***Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos dos autos, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a existência de condenação anterior pelo delito de tráfico de drogas, reconhecida a título de maus antecedentes, não há constrangimento ilegal a ser sanado.***

6. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 292810/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 19/11/2014 - grifei).

Diante de tais considerações, **não conheço do writ.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0236335-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.222 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106388820138260050 106388820138260050 20140000355677 2682013

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO CESAR COLETA DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.