



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.145 - SP (2016/0331612-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANTO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.
3. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.
4. Apresentados fundamentos idôneos para a majoração da pena-base, na medida em que destacados os registros anteriores de condenações definitivas, não se mostra desarrazoado o deslocamento da pena inicial em 10 meses de reclusão, a autorizar a atuação excepcional desta Corte. Precedentes.
5. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
6. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. Precedente.
7. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

8. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa de circunstâncias judiciais (maus antecedentes) e da quantidade e natureza da droga apreendida (65 pedras de *crack*).

9. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

10. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de maio de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.145 - SP (2016/0331612-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANTO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **SANTO DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprido no regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante manifesto constrangimento ilegal, em razão da consideração de condenação já alcançada pelo período depurador para a caracterização dos maus antecedentes. Sustenta, também, que, sendo primário o paciente e ínfima a quantidade de droga apreendida (16,87 g), é cabível o reconhecimento do tráfico privilegiado. Aduz, por fim, que o regime mais grave foi estabelecido sem fundamentação idônea e uma vez preenchidos os requisitos legais o paciente tem direito a permuta legal.

Requer a concessão da ordem para que seja reduzida a pena-base no mínimo legal, seja aplicado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, alterado o regime prisional e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 66-67).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 79-81 e 163-164).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 190-195).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.145 - SP (2016/0331612-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANTO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.
3. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.
4. Apresentados fundamentos idôneos para a majoração da pena-base, na medida em que destacados os registros anteriores de condenações definitivas, não se mostra desarrazoado o deslocamento da pena inicial em 10 meses de reclusão, a autorizar a atuação excepcional desta Corte. Precedentes.
5. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
6. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. Precedente.
7. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa de circunstâncias judiciais (maus antecedentes) e da quantidade e natureza da droga apreendida (65 pedras de *crack*).

9. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

10. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte 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.

Eis o teor da sentença condenatória, quanto à dosimetria da pena:

Passo ao cálculo da pena.

Fixo a pena-base, na forma do art. 59 do Código Penal, em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, em virtude dos maus antecedentes (fls. 149 e 150), a qual permanece inalterada nas fases seguintes diante da ausência de causas modificadoras.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena ou a sua suspensão condicional, por ser insuficiente para a reprovação da conduta. De qualquer forma, o delito de tráfico, erigido à condição de equiparado a hediondo, é, ressalvada a posição contrária, ontologicamente incompatível com tais benesses legais.

Observo também que o réu ostenta maus antecedentes, o que faz afastar a incidência do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006. (e-STJ, fl. 58)

A Corte de origem, ao desprover o apelo defensivo, ratificou os fundamentos exarados na sentença condenatória, nos seguintes termos:

Passo, então, à análise da dosimetria das penas.

I Primeira fase: A pena foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, em razão dos maus antecedentes do acusado (certidões de fls. 149 e 150).

II Segunda fase: Não havendo agravantes e atenuantes, a pena permanece inalterada.

III - Terceira fase: A pena não sofre alterações, uma vez inexistentes causas de aumento e de diminuição.

Incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, o acusado possui maus antecedentes, e a suas condenações anteriores, transitadas em julgado, foram por crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idênticos, tráfico de drogas, circunstâncias estas indicativas de sua dedicação ao tráfico, incompatíveis com os requisitos legais necessários para a concessão do redutor. (e-STJ, fls. 45-46).

Primeiramente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, segundo se verifica, foram considerados os antecedentes criminais do paciente, em razão de duas condenações anteriores transitadas em julgado, para majorar a pena base em 10 meses de reclusão.

Como cediço, em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MOTIVOS DO CRIME. INERENTE AO TIPO PENAL. REPRIMENDA REDIMENSIONADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Constatada a existência de condenação transitada em julgado por fato anterior, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes, sendo certo que condenação anterior com trânsito em julgado há mais de cinco anos pode ser considerada como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.

[...]" (HC 125.252/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 304 C/C ART. 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DELITIVA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. MAUS ANTECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - "Embora a condenação anterior não prevaleça para efeito da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, uma vez que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração atual decorreu período superior a cinco anos, ela subsiste para efeitos de maus antecedentes" (HC n. 331.402/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 11/11/2015).

VI - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 344.313/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 14/04/2016)

Desse modo, tendo sido apresentados elementos idôneos para a majoração da reprimenda e levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), o aumento operado pela instância antecedente não se mostra desarrazoado, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

No que se refere à incidência do redutor pelo tráfico privilegiado, consigno que, nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

In casu, tratando-se de réu que ostenta maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sobretudo quando a condenação anterior se deu em razão de delito da mesma espécie ao em apreço nos autos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE DE EXAME. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que o paciente é portador de maus antecedentes, de rigor a não aplicação da benesse.

5. O regime prisional e a substituição da pena não foram objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, de forma que sua análise por esta Corte Superior implicaria supressão de instância.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 379.747/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, Julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. 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 RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

2. 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 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Escorreita a eleição do regime inicial fechado, em razão dos elementos concretos dos autos, diante da natureza e diversidade das drogas apreendidas – 214,53 g de maconha, 69,49 g de cocaína e 4,37 g de crack –, e da existência de maus antecedentes. Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

4. Ordem denegada.

(HC 389.891/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgamento em 06/04/2017, DJe 20/04/2017).

Quanto ao regime inicial, melhor sorte não socorre ao paciente, haja vista que o Tribunal *a quo* fundamentou o regime mais gravoso na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido e nas circunstâncias do art. 59 do CP, *in verbis*:

No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei de Drogas. Nesse sentido: STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013.

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela natureza (crack) e expressivo número de estupefacientes apreendidos, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS 6ª T. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j.24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze j. 22.10.2013.

[...]

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (praesumptiones hominis), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do cotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209) (...)."

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Daí, porque, mantenho a opção pelo regime fechado.

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 identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) mostra-se adequado à espécie, em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais na primeira (maus antecedentes) e da quantidade e da natureza da droga apreendida com o paciente (65 pedras de *crack*), nos termos da legislação de regência.

A propósito:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. 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 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0331612-3

HC 383.145 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00380113420148260576 20160000062428 28412014 380113420148260576

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANTO DA SILVA (PRESO)

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 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.