



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.141 - SP (2017/0036346-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO ALVES PENA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. AGRAVANTE SOPESADA NA SEGUNDA E NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MODO FECHADO. 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. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em um ano de reclusão com fundamento em duas condenações anteriores definitivas, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima previstas para o delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. A utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da aferição dos maus antecedentes e, ainda, para agravar a pena, pela reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da aferida na segunda, como no caso em apreço. Precedentes.

6. 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).

7. Reconhecidos os maus antecedentes e a reincidência do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos requisitos legais. Precedentes.

8. Fixada a sanção corporal em 6 anos de reclusão e verificada a reincidência do réu bem como suas circunstâncias desfavoráveis, é o regime inicial fechado o mais cabível para o cumprimento de pena privativa de liberdade. Precedente.

9. *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), 08 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.141 - SP (2017/0036346-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO ALVES PENA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ANTONIO ALVES PENA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 600 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, o impetrante alega que a pena-base foi indevidamente exasperada em 1 ano acima do mínimo legal, com fundamento em condenações anteriores, que já tiveram seus efeitos extintos, nos termos do art. 64, I, do Código Penal.

Aduz que as instâncias antecedentes incorreram em *bis in idem*, ao valorar a reincidência do paciente tanto na primeira etapa do cálculo penal, para elevar a pena-base, quanto nas segunda e terceira fases, para reconhecer a agravante do art. 61, I, do CP e para negar a incidência do redutor pelo tráfico privilegiado.

Por fim, alega que o regime prisional foi fixado com base apenas na gravidade abstrata, em contrariedade à Súmula 718 do STF. Destaca, inclusive, que não é vedada a imposição do modo mais brando aos reincidentes, conforme Súmula 269 do STJ.

Requer, assim, a correção da pena imposta, bem como a fixação do regime prisional aberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 40-41).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 50-51).

O Ministério Público Federal opinou pela não concessão da ordem (e-STJ, fls. 82-91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.141 - SP (2017/0036346-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO ALVES PENHA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. AGRAVANTE SOPESADA NA SEGUNDA E NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MODO FECHADO. 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. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em um ano de reclusão com fundamento em duas condenações anteriores definitivas, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima previstas para o delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. A utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da aferição dos maus antecedentes e, ainda, para agravar a pena, pela reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da aferida na segunda, como no caso em apreço. Precedentes.

6. 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).

7. Reconhecidos os maus antecedentes e a reincidência do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Fixada a sanção corporal em 6 anos de reclusão e verificada a reincidência do réu bem como suas circunstâncias desfavoráveis, é o regime inicial fechado o mais cabível para o cumprimento de pena privativa de liberdade. Precedente.
9. *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.

Em primeiro grau, a dosimetria da pena foi estabelecida nos seguintes termos:

No que diz respeito à consideração das circunstâncias judiciais, tal qual previsão do art. 59 do Código Penal, em primeira fase de fixação da sanção, majoro a pena base em 1/5, considerando o péssimo passado criminoso do réu, que desde os idos de 1992 tem envolvimento com delitos graves, tais como homicídio, cuja pena foi de 07 anos e tráfico, demonstrando que não se afastou, desde então, da odiosa mercancia. A pena será, pois, de 06 anos de reclusão e 600 dias-multa. Ainda de forma a legitimar o aumento da reprimenda tem-se a grande quantidade de *crack* apreendida, sobretudo em se considerando ser este tipo de droga a única de consumo imediato, pois sua compulsão é muito forte. Chega a ser cinco vezes mais potente que a cocaína e sua descoberta praticamente aboliu o uso de cocaína injetável, pela sua simplicidade de se atingir o prazer. Quando usado junto com o álcool deixa o usuário mais agressivo e eleva em muito a pressão arterial podendo levar rapidamente à morte. A figura do traficante, neste contexto, se vale da fraqueza dos usuários, estimulando o uso e disseminando a venda, o que torna mais reprovável sua conduta. Considerando-se que quem usa *crack* só tem dois momentos na vida: ou está usando a droga ou está atrás de dinheiro para compra-la e é aí que ocorre o crime, o traficante faz parte da cadeia delitosa, merece tratamento penal mais rigoroso.

Em segunda fase de estabelecimento de sanção, a reincidência é compensada pela atenuante de maioridade, posto ser o réu maior de setenta anos. Anoto que o réu não confessou a traficância, de forma que não há como se beneficiar do redutor nesta fase. A pena, pois, fica tal como lançada na primeira fase.

Em terceira fase, entretanto, não faz jus à diminuição, posto ser reincidente específico, além de ser portador de maus antecedentes, havendo expresse impedimento legal. (e-STJ, fls. 25-26).

A Corte de origem ratificou a pena aplicada na sentença condenatória:

Quanto à aplicação da pena-base, atendendo ao disposto nos artigos 42, da lei n.11.343/2006 e 59 do Código Penal, considerando os péssimos antecedentes criminais do apelante, que desde 1992 tem envolvimento com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitos graves, inclusive tráfico e homicídio, o Magistrado fixou-a em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal.

A fundamentação utilizada pelo D. Magistrado foi idônea e merece subsistir, pois bem analisou as condições pessoais do recorrente, tendo em vista o caso concreto.

Em segunda etapa, o D. Magistrado compensou a agravante da reincidência com a maioridade do réu (art. 65, inc. I, do Código Penal).

Ao final, a pena totalizou 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa. (e-STJ, fls. 35-36).

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, as instâncias ordinárias, ignorando os delitos cometidos antes de 1992, consideraram os péssimos antecedentes criminais do paciente, em razão de duas condenações anteriores, pelos delitos de homicídio e de tráfico de entorpecentes, extintas pelo cumprimento da pena em 13/2/2003, para majorar a pena-base em 1 ano 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, foi estabelecido:

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 19/4/2016, DJe 28/4/2016);

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 304 C/C ART. 297,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 7/4/2016, DJe 14/4/2016.)

Desse modo, tendo sido apresentados elementos idôneos para a majoração da reprimenda (duas condenações definitivas anteriores) 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 ao afastamento de agravante, por ter sido a condenação pretérita utilizada para exasperar a sanção inicial, não verifico o constrangimento ilegal aventado.

Ao contrário do sustentado pela defesa, conforme se observa da folha de antecedentes, fornecida pelo Tribunal de origem (e-STJ, 63-78), o paciente detém diversas condenações transitadas em julgado, por prática dos delitos previstos no art. 121 c.c o art. 61, II, do Código Penal, art. 12 da Lei n. 6.368/1973 e art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo sido apenas esta última utilizada na segunda etapa da dosimetria, o que afasta o alegado *bis in idem*.

Vale lembrar que esta Corte, em diversos julgados, já manifestou que a utilização de condenações anteriores definitivas como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como no caso em apreço.

Confira-se:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINICIDÊNCIA. VALORAÇÃO DE TÍTULOS CONDENATÓRIOS DISTINTOS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 545. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. SENTENÇA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.736/2012. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. *WRIT*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes.

4. O acórdão hostilizado reconheceu a existência de várias sentenças condenatórias transitadas em julgado não configuradoras da reincidência, o que justificou o aumento da pena-base a título de maus antecedentes, e de um título condenatório diverso, cuja pena foi extinta dentro do prazo de cinco anos, a permitir a incidência de agravante da reincidência, sem que se possa falar em *bis in idem* ou em contrariedade ao entendimento consolidado na Súmula/STJ 241.

[...]

(HC 389.639/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 4/5/2017);

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. OBSERVÂNCIA DO SISTEMA TRIFÁSICO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REINCIDÊNCIA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO *NO BIS IN IDEM*. FRAÇÃO EMPREGADA. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA PENAL *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

6. Na hipótese em comento, é de se realçar que a instância ordinária destacou os maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável (baseado em uma das três condenações transitadas em julgado), nos termos do art. 59 do Código Penal. Além do mais, a considerar a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos delitos de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica qualquer violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento das reprimendas, na primeira fase.

7. Na segunda fase, a título de reincidência, foi majorada em 1/3, diante de outras duas condenações transitadas em julgado (pelo crime de roubo), sem que reste evidenciada dupla valoração de um mesmo antecedente e desproporcionalidade na fração e, portanto, flagrante ilegalidade na sanção.

8. *In casu*, a dosimetria penal está devidamente fundamentada, sem que reste evidenciada desproporcionalidade na fração e, portanto, flagrante ilegalidade na sanção, não havendo falar em configuração de constrangimento ilegal.

9. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 294.297/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/8/2016.)

No que se refere à incidência do redutor pelo tráfico privilegiado, consigno que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 delituosas ou integrem organização criminosa.

In casu, tratando-se de réu reincidente e que ostenta maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais (HC 389.891/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgamento em 6/4/2017, DJe 20/4/2017; AgRg no AREsp 960.413/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 6/4/2017).

Impende destacar, ainda, que, conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*.

Quanto ao regime inicial, melhor sorte não socorre ao paciente, pois o regime mais grave foi estabelecido com fundamento nas circunstâncias do art. 59 do CP e no fato de ser o paciente reincidente.

Vejamos:

E outro não pode ser o regime que não o inicial fechado. Inclusive já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que "a quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (CP, arts 33, § 2º, 59 e 68). A gravidade do crime e a periculosidade do agente são circunstâncias aptas a realizar a preterição de um regime mais brando (semiaberto) para o mais gravoso (fechado) (STJ-RHC 9293/SP, 6ª Turma, rel Min Fernando Gonçalves). E, neste tocante, devem ser consideradas as consequências nefastas do crime, que desmantela famílias inteiras, a começar pela do próprio acusado. Some-se que o réu é reincidente específico, além de ostentar condenações não geradora da reincidência, também por tráfico, demonstrando que nunca se afastou da criminalidade, o que demonstra uma personalidade agressiva e um comportamento de vilania.

Outro regime mais ameno não seria possível estabelecer, em função da elevada censurabilidade da conduta praticada e da temibilidade do agente que se envolve em crime de natureza da aqui versada, exigente de tratamento punitivo mais rigoroso, que alcança com a adoção de maior de todas as fases do processo de ressocialização penal. (e-STJ, fls. 26-27).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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.

Na hipótese, a fixação de sanção corporal em patamar inferior a 4 e não superior a 8 anos aliada ao fato de ser o réu reincidente bem como serem suas circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis, configura-se o regime fechado como cabível para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 330.899/SC, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0036346-2

HC 389.141 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0085069320128260050 20140000148393 85069320128260050

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO ALVES PENA

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.