



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.038 - SP (2016/0226100-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. 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. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, embora impeça a execução da sanção penal imposta, não inibe os efeitos secundários das condenações criminais definitivas, no caso, a valoração negativa dos antecedentes do acusado (Precedentes).

3. Hipótese em que, sendo duas as condenações anteriores transitadas em julgado valoradas como maus antecedentes, não se mostra desarrazoado o deslocamento da pena inicial em 1 ano e 8 meses de reclusão, a autorizar a atuação excepcional desta Corte, sobretudo quando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão.

4. 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).

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

6. O regime inicial fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais (maus antecedentes), bem como da quantidade e da natureza da droga apreendida – 23 cápsulas de cocaína (13,9), 43 pedras de *crack* (18,4g) e 22 trouxinhas de maconha (19,4g), como posto no acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. 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).

8. *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), 19 de setembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.038 - SP (2016/0226100-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS DOS SANTOS

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 **DOUGLAS DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, mais 666 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

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

Neste *writ*, a impetrante alega que é indevida a exasperação da pena-base com fundamento em condenações judiciais antigas, algumas sem data de trânsito em julgado e outras até em que houve o reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Salienta, ademais, ser desproporcional a elevação da reprimenda inicial em 1/3 apenas pelos maus antecedentes.

Afirma, também, que o paciente tem direito ao reconhecimento do tráfico privilegiado, pois as condenações pretéritas por delitos distintos, assim como a quantidade das drogas apreendidas não são elementos suficientes a denotar sua habitualidade delitiva.

Sustenta a possibilidade de se fixar modo menos gravoso de cumprimento de pena, em observância às Súmulas 718 e 719 do STF. Defende, por fim, a aplicação da permuta legal.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 56-57).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 67-68, 106-107 e 114-123).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 95-100).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.038 - SP (2016/0226100-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. 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. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, embora impeça a execução da sanção penal imposta, não inibe os efeitos secundários das condenações criminais definitivas, no caso, a valoração negativa dos antecedentes do acusado (Precedentes).
3. Hipótese em que, sendo duas as condenações anteriores transitadas em julgado valoradas como maus antecedentes, não se mostra desarrazoado o deslocamento da pena inicial em 1 ano e 8 meses de reclusão, a autorizar a atuação excepcional desta Corte, sobretudo quando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão.
4. 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).
5. Reconhecidos os maus antecedentes do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais (Precedentes).
6. O regime inicial fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais (maus antecedentes), bem como da quantidade e da natureza da droga apreendida – 23 cápsulas de cocaína (13,9), 43 pedras de *crack* (18,4g) e 22 trouxinhas de maconha (19,4g), como posto no acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. 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).
8. *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.

O Juízo sentenciante, ao condenar o paciente à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, elevou a pena-base e afastou o reconhecimento do tráfico privilegiado em decisão assim motivada:

"Caracterizado o delito de tráfico passo à fixação da pena, com fulcro nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Respeitado o sistema trifásico fixo a pena-base 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, porque o réu ostenta péssimos antecedentes, como ressaltado alhures. Pena-base, portanto, em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Na segunda fase, não são reconhecidas agravantes ou atenuantes, permanecendo a pena tal como fixada na fase anterior.

No terceiro estágio não há causas de aumento. Não é o caso de aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

É certo que prevê a lei que 'nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'.

Contudo, no caso em apreço, verifica-se que o réu ostenta péssimos antecedentes, possuindo duas condenações pelo crime de roubo, como atestam as certidões de fls. 09 e 19 do apenso próprio, por sentenças proferidas nos processos n. 447/1993 e 0008563-43.1994.8.26.0050, que tramitaram, respectivamente, perante os juízos da 6ª e 14ª Varas Criminais Centrais da Comarca de São Paulo. Não se olvida que, em ambos os processos, houve o reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Contudo, tal circunstância não impede o reconhecimento dos maus antecedentes e pela constatação de que o réu ostenta péssimos antecedentes, não faz jus à concessão do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Pena fixada em definitivo em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão." (e-STJ, fl. 120).

A Corte de origem, por sua vez, manteve o apenamento, pelos seguintes fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Passa-se às penas.

As bases foram fixadas de 1/3 acima do linde inferior, justificado o acréscimo em razão dos péssimos antecedentes (roubos - fls. 09 e 19 do apenso), ficando em 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias-multa, diária mínima.

E, de fato, tem sim o acusado maus antecedentes, sopesado que, para constatação tal, basta condenação definitiva, que não a reincidência, não havendo falar na extinção do registro porque ocorrente a prescrição da pretensão executória. Esta arreda a pena, mas não a condenação.

[...]

E, realmente, descabida a incidência da causa de diminuição do § 4º, do art. 33 do Estatuto Repressivo.

A forma desenvolta e ousada com que agia o acusado, tendo consigo razoável quantidade de entorpecente em via pública, parte dele de alta nocividade, sem qualquer preocupação com a vigilância policial, indica tratar-se de profissional da mercancia nefasta. E não há *bis in idem*, como quer fazer crer a defesa, pois, como visto, foram sopesados apenas os maus antecedentes, na primeira fase" (e-STJ, fls. 42-43).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenação pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes à quantidade e à 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 observa, as instâncias ordinárias consideraram os péssimos antecedentes criminais do paciente, para majorar a pena-base em 1 ano e 8 meses de reclusão, tendo como fundamento o registro de duas condenações anteriores pelo delito de roubo, alcançadas pela prescrição da pretensão executória.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, embora impeça a execução da sanção penal imposta, não inibe os efeitos secundários das condenações criminais definitivas, no caso, a valoração negativa dos antecedentes do acusado.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. REABILITAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. SUBSISTÊNCIA DE EFEITOS PENAIIS SECUNDÁRIOS.

1. A declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória impede a execução da pena mas não afasta os efeitos penais secundários decorrentes da existência de condenação criminal que transitou em julgado, tais como a formação de reincidência e os maus antecedentes.

2. Remanescendo os efeitos penais secundários da condenação transitada em julgado, resta inequívoco o interesse de agir do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado em obter reabilitação criminal.

3. Recurso especial provido."

(REsp 1.580.644/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 13/6/2016);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO NOS MOLDES REGIMENTAIS. DELITO ANTERIOR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. EFEITOS. MAUS ANTECEDENTES. ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. COMPROVADA AUTORIDADE DO RÉU SOBRE A VÍTIMA. INFORMAÇÃO CONTEXTUALIZADA NA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória não impede os efeitos penais secundários da condenação criminal transitada em julgado, como, por exemplo, a reincidência e os maus antecedentes.

[...]

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.296.080/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/8/2015, DJe 8/9/2015).

Dessa forma, sendo duas as condenações definitivas anteriores e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, o aumento operado pelas instâncias antecedentes não se mostra desarrazoado, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte (HC 219.226/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/4/2016, DJe 20/4/2016; HC 350.772/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 3/11/2016).

No que se refere à incidência do redutor pelo tráfico privilegiado, também não assiste razão à impetrante.

A teor 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 integrarem organização criminosa.

Como acima ressaltado, tratando-se de réu 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; HC 402.682/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017)

Impende destacar, ainda, que, conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os maus antecedentes, ainda que fossem decorrentes de apenas uma condenação transitada em julgado, poderiam ser utilizados para exasperar a pena-base 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*.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPROVAÇÃO POSTERIOR DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. SUSPENSÃO DOS PRAZOS NO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA DAS DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

[...]

2. A Lei n. 11.343/2006 veda a aplicação da minorante do tráfico privilegiado ao réu possuidor de maus antecedentes, não caracterizando *bis in idem* a sua valoração concomitante, na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base.

3. Estabelecida pena superior a 4 anos de reclusão e inferior a 8, admite-se a imposição do regime inicial fechado, em virtude da existência de circunstância judicial desfavorável e da variedade de droga apreendida, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

4. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.”

(AgRg no REsp 1605505/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 7/11/2016).

Quanto ao regime inicial, verifica-se que o Tribunal *a quo* trouxe motivação válida para imposição do modo inicial fechado:

"Não há falar, também, em regime mais brando ou em substituição de pena, em face de tudo quanto retro exposto, anotadas, mais uma vez, a quantidade da mercadoria ilícita, a alta nocividade de parte dela (cocaína e crack) e as condenações precedentes, sem falar na gravidade do crime, que vem provocando incessante desassossego à sociedade, tanto que assemelhado aos hediondos.

Ademais, de ser considerada a personalidade distorcida e ousada do acusado, que praticava o delito, repita-se, em local público e abertamente, sem qualquer preocupação com a vigilância policial.

Por isso que não há falar em regime inicial mais benéfico, que, inclusive, retiraria a eficácia intimidante da reprimenda" (e-STJ, fls. 43-44).

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 condenação 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, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da valoração negativa das circunstância judicial (maus antecedentes), bem como da quantidade e da natureza da droga apreendida – 23 cápsulas de cocaína (13,9), 43 pedras de *crack* (18,4g) e 22 trouxinhas de maconha (19,4g), como posto no acórdão impugnado.

Confirmam-se:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 7 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Na hipótese, como bem destacado pelo Tribunal *a quo*, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do paciente, o que recomenda o regime inicial mais gravoso, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido.”

(HC 392.276/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

“*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 N. 11.343/2006. 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. 11.343/2006, 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 à 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 das natureza e diversidade das drogas apreendidas - 214,53 g de maconha, 69,49 g de cocaína e 4,37 g



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, julgado em 6/4/2017, DJe 20/4/2017).

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: 2016/0226100-2

HC 369.038 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00649091320148260050 129614 12962014 20160000197557 649091320148260050

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS DOS SANTOS

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