



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560.442 - SP (2020/0028399-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **JUAREZ PINHEIRO DA ROCHA (PRESO)**
ADVOGADO : **TANIA FERREIRA PORTO DA SILVA - SP367838**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS EXTRAÍDAS DO CELULAR. INOCORRÊNCIA. ACESSO PERMITIDO PELO RÉU AOS POLICIAIS. APARELHO APREENDIDO E REGULARMENTE PERICIADO MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

2 Hipótese em que não há que se falar em ilicitude das provas obtidas pelo acesso ao celular, pois, além de o paciente ter mostrado espontaneamente às mensagens de áudio aos policiais, o aparelho foi apreendido e regularmente periciado mediante autorização judicial.

3. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido 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.

4. No caso, a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenações definitivas anteriores, extintas há mais de 5 anos do cometimento do delito em apreço, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

5. 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 integrem organização criminosa.

6. Sendo o paciente portador de maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e na terceira fase da dosimetria não enseja *bis in idem*. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Embora a pena tenha sido fixada em patamar superior a 4 e não excedente a 8 anos, a aferição de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) recomenda a imposição do regime fechado, nos exatos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
8. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de março de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560.442 - SP (2020/0028399-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **JUAREZ PINHEIRO DA ROCHA (PRESO)**
ADVOGADO : **TANIA FERREIRA PORTO DA SILVA - SP367838**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por **JUAREZ PINHEIRO DA ROCHA**, de decisão na qual não conheci do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 90-95).

O agravante insiste na tese de ilicitude das provas extraídas nas mensagens do seu celular, no momento do flagrante, sem autorização judicial ou sua anuência.

Afirma não ter permitido o acesso dos policiais ao conteúdo do aparelho telefônico, e que não houve a devida perícia no equipamento.

Sustenta que as condenações definitivas alcançadas pelo período depurador não podem justificar o incremento da pena-base a título de maus antecedentes, além de constituir *bis in idem* a valoração de tal vetor também na terceira etapa da dosimetria para afastar o redutor do tráfico privilegiado.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito ao colegiado para reconhecer a ilicitude das provas ou, subsidiariamente, reduzir a sanção inicial, aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e readequar o modo prisional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560.442 - SP (2020/0028399-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **JUAREZ PINHEIRO DA ROCHA (PRESO)**
ADVOGADO : **TANIA FERREIRA PORTO DA SILVA - SP367838**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS EXTRAÍDAS DO CELULAR. INOCORRÊNCIA. ACESSO PERMITIDO PELO RÉU AOS POLICIAIS. APARELHO APREENDIDO E REGULARMENTE PERICIADO MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

2 Hipótese em que não há que se falar em ilicitude das provas obtidas pelo acesso ao celular, pois, além de o paciente ter mostrado espontaneamente às mensagens de áudio aos policiais, o aparelho foi apreendido e regularmente periciado mediante autorização judicial.

3. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido 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.

4. No caso, a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenações definitivas anteriores, extintas há mais de 5 anos do cometimento do delito em apreço, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

5. 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.

6. Sendo o paciente portador de maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e na terceira fase da dosimetria não enseja *bis in idem*. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Embora a pena tenha sido fixada em patamar superior a 4 e não excedente a 8 anos, a aferição de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) recomenda a imposição do regime fechado, nos exatos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
8. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, transcrita a seguir, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque ela está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

"Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

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 relação à suposta ilicitude das provas obtidas no celular do paciente, o Tribunal *a quo* consignou o seguinte:

"d) Nulidade decorrente da ilicitude de prova obtida mediante acesso às mensagens do celular do réu Juarez. A nulidade aventada decorrente da ilicitude de prova obtida mediante acesso às mensagens de áudio constantes do aparelho celular do acusado Juarez não merece prosperar.

Não se olvida estar pendente de julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal a matéria reconhecida como de Repercussão Geral n. 977: "Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial, relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime".

[...]

Tem-se entendido que o tema, sob o aspecto constitucional, não se refere ao princípio garantidor da inviolabilidade do sigilo das comunicações, mas aos dados armazenados no aparelho celular, de forma a integrar a esfera do direito à privacidade.

Acerca do referido direito, lembra-se o entendimento de André Ramos Tavares, citando Pedro Pais de Vasconcelos, bastante pertinente ao tema em discussão, no sentido de que no campo dos direitos da personalidade, entre eles a intimidade das pessoas, a vida privada, a honra e a imagem, "tem-se uma tutela que é disponível, 'cujo exercício e defesa está na área da autonomia privada (...). Não pode ser retirada à própria pessoa do sujeito, e reservada ao Estado, a principal iniciativa e impulso da tutela da personalidade de cada um'" 1 .

Nesse contexto, a validade da autorização do acesso aos dados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contidos no celular pelo próprio acusado, conquanto espontânea, tem grande relevância.

No presente caso, a alegação do réu Juarez de que não autorizou o acesso às mensagens em seu celular pelos policiais restou isolada nos autos. Isso porque os agentes públicos foram categóricos em afirmar que o acusado admitiu que estava indo até a oficina pegar entorpecentes para um amigo e, a partir daí, mostrou espontaneamente as mensagens de áudio em seu aparelho telefônico. No mais, os aparelhos celulares dos acusados foram apreendidos e periciados (cf. fls. 542/556, 558/569, 577/582, 583/596 e 597/608), não havendo que se falar, portanto, em nulidade.

Dessa forma, as preliminares agitadas pelas duntas Defesas devem ser rechaçadas" (e-STJ, fls. 40-42).

Sobre o tema, "Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

Na hipótese, portanto, não há que se falar em ilicitude das provas obtidas pelo acesso ao celular, pois, além de o paciente ter mostrado espontaneamente às mensagens de áudio aos policiais, o aparelho foi apreendido e regularmente periciado mediante autorização judicial.

No tocante à dosimetria penal, o Tribunal de redimensionou a sanção imposta ao paciente, em decisão assim fundamentada:

"Na primeira fase da dosimetria, em atenção ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e ao art. 59 do Código Penal, a pena-base foi majorada em 1/3 (um terço) tendo em vista a natureza das drogas apreendidas (cocaína e ecstasy), bem como os maus antecedentes do acusado (fls. 456/457 Processos nº 0008239-77.2013.8.26.0344 e 009939-30.2009.8.26.0344; fl. 458 Processo nº 030319-74.2009.8.26.0344).

Da mesma forma que dito alhures, a natureza e quantidade das substâncias ilícitas não possui nenhuma excepcionalidade a demandar um incremento da pena-base.

Com relação aos maus antecedentes, observo que o Processo nº 009939-30.2009.8.26.0344 (fl. 456) não é apto a gerar maus antecedentes, tendo em vista que o inquérito foi arquivado em 30/06/2009.

Assim, caracterizados os maus antecedentes do acusado (Processos nº 0008239-77.2013.8.26.0344 e 030319-74.2009.8.26.0344), majoro a basilar em 1/6 (um sexto), perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Ressalte-se que a utilização de condenação alcançada pelo período depurador para caracterização de maus antecedentes não representa qualquer irregularidade. Nesse sentido:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda etapa, o magistrado o quo valorou o Processo nº 0023668-89.2010.8.26.0344 a título de reincidência.

Contudo, observo que tal condenação já atingiu o período depurador de cinco anos, porquanto o cumprimento da pena ocorreu em 26/07/2012, motivo pelo qual não pode ser valorado nessa fase 2, mas sim como mau antecedente, conforme o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça acima explanado" (e-STJ, fls. 56-58).

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 da pena.

Na hipótese, segundo se verifica, a pena-base do delito de tráfico foi fixada em 10 meses acima do mínimo legal tendo como fundamento os maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenações definitivas anteriores extintas há mais de 5 anos do cometimento do delito em apreço.

Em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, vale lembrar que 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.

A propósito:

"[...]

DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NA SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A existência de condenação anterior transitada em julgado autoriza a valoração negativa dos antecedentes do agente, ainda que ultrapassado o período de 5 (cinco) anos previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal.

2. Encontrando-se o aresto combatido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão defensiva esbarra no óbice previsto na Súmula nº 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1.068.053/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 23/8/2017);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO COM MAIS DE 5 ANOS DE TRÂNSITO EM JULGADO. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF.

2. Não há qualquer ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes do paciente com base em processo cuja condenação definitiva por prazo superior a cinco anos. A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.

[...]

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017).

Quanto à incidência da minorante, 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.

In casu, sendo o paciente portador de maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria não enseja *bis in idem*.

Cito, a propósito, os seguintes julgados:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

[...]

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);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. UTILIZAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA VEDAR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ao contrário do afirmado pelo agravante, os argumentos declinados nas razões do recurso especial a fim de sustentar a tese de que a droga apreendida se destinava ao consumo próprio, e não ao tráfico, demandariam sim a análise dos fatos, das circunstâncias e das provas amealhadas aos autos, mostrando-se insuperável o empecilho da Súmula 7/STJ.

2. Esta Corte já se manifestou no sentido de permitir a utilização dos maus antecedentes para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria e também para vedar o reconhecimento do tráfico privilegiado, não havendo se falar em *bis in idem*. Precedentes

[...]

4. Desse modo, a decisão agravada deve ser mantida incólume por seus próprios termos.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 942.291/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/9/2017, DJe 27/9/2017).

Em relação ao modo prisional, também não assiste razão ao impetrante.

O Tribunal *a quo* manteve o regime fechado com base nos seguintes fundamentos:

"Considerando o quantum da pena privativa de liberdade e o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, observa-se que o acusado permaneceu preso cautelarmente desde a prisão em flagrante ocorrida em 08/02/2018 à publicação da sentença condenatória em 08/01/2019, conforme consta na Guia de Recolhimento Provisória (fls. 1021/1022). Decotado esse tempo da pena imposta, o saldo que lhe resta a cumprir autorizaria, em tese, à luz do § 2º do art. 33 do Código Penal, exclusivamente, a fixação de regime mais brando. Todavia, as circunstâncias judiciais desfavoráveis, já ressaltadas nesta decisão (condenação definitiva por tráfico de drogas), a apreensão de expressiva quantidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedade de drogas, impedem, nos termos do § 3º do art. 33, combinado com o art. 59, ambos do Código Penal, a alteração do regime fixado na r. sentença" (e-STJ, fl. 58)

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, embora a pena tenha sido fixada em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, a aferição de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) recomenda a imposição do regime fechado, nos exatos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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).

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.
Publique-se. Intimem-se" (e-STJ, fls. 90-95)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0028399-8

AgRg no
HC 560.442 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024181920188260344 24181920188260344

EM MESA

JULGADO: 23/03/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TANIA FERREIRA PORTO DA SILVA
ADVOGADO : TANIA FERREIRA PORTO DA SILVA - SP367838
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JUAREZ PINHEIRO DA ROCHA (PRESO)
CORRÉU : ANDRÉ RICARDO DA SILVA
CORRÉU : PATRICK JULIANO DA SILVA MARTINS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JUAREZ PINHEIRO DA ROCHA (PRESO)
ADVOGADO : TANIA FERREIRA PORTO DA SILVA - SP367838
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.