HABEAS CORPUS Nº 496.549 - SP (2019/0063049-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO	:	SÉRGIO AFONSO MENDES - SP137370
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IGOR PABLO ALMEIDA DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de IGOR PABLO ALMEIDA DOS SANTOS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000412-44.2017.8.26.0580.

Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido, em primeira instância, como incurso no art. 128, **caput**, da Lei n. 11.343/06, ao cumprimento da prestação de serviços a comunidade, pelo prazo de 6 meses, em entidades assistenciais ou educacionais, em geral, dirigidas à prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, por igual período (fls 13-19).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei de Drogas, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 20-26.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na expressa violação do artigo 155, do Código de Processo Penal, na decisão que afastou a conduta do art. 28 da Lei de Drogas, na negativa de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na fixação do regime mais gravoso e na inexistência de documento hábil a comprovar a reincidência do paciente.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja mantida a decisão de primeira grau, ou, afastar a reincidência, diminuindo a pena-base, aplicando ainda ao paciente o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com consequente fixação do regime diverso do fechado.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 34-36.

Informações prestadas às fls. 44-45.

O Ministério Público Federal, às fls. 73-80, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO CABIMENTO. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE REINCIDENTE. VEDAÇÃO LEGAL. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO DE CRIME DIVERSO.*
>
> *INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA DELITIVA. PENA SUPERIOR A 04 ANOS. PREVISÃO LEGAL.*
>
> *CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*
>
> *1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *2. É impossível, em sede de habeas corpus, reexaminar fatos e provas, a fim de desclassificar o delito pelo qual o agente restou condenado.*
>
> *3. Diante da constatação inequívoca de que o agente voltou a delinquir, dias após o trânsito em julgado de crime anterior, não há falar no afastamento da agravante da reincidência.*
>
> *4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida de 1/6 a 2/3, quando forem reconhecidamente primários e possuírem bons antecedentes, a teor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.*
>
> *5. A fixação do regime mais gravoso ao condenado reincidente, cuja pena é superior a 04 e inferior e 08 anos,*

decorre de previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, "a" e "b", e § 3º, do Código Penal.

6. A confissão de crime diverso, pelo qual o agente restou condenado, não autoriza o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

7. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus" (fl. 73).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Quanto ao pleito desclassificação para a conduta prevista no art. 28, da Lei de Drogas, o eg. Tribunal de origem entendeu estar presente provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, **caput,** da Lei 11.343/06. Destacam-se os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, **in verbis:**

"A materialidade delitiva restou amplamente demonstrada, conforme auto de prisão em flagrante delito (fls. 06/14), boletim de ocorrência (fls. 21/22), auto de exibição e apreensão (fls. 23), laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 26/27), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 172/174) e prova oral coligida*.*

De igual modo, a autoria do crime é induvidosa.

Na fase policial, ao invés de bradar desde logo por sua inocência, o acusado preferiu o silêncio (fls. 09). Em que pese tal comportamento não importe confissão, não é essa a reação que se espera de um insuspeito.

Em seu interrogatório judicial, admitiu a propriedade da droga, mas negou a destinação mercantil (mídia). Contudo, sua versão exculpante não contou com a necessária demonstração de veracidade, restando isolada do conjunto probatório amealhado.

Com efeito, foram ouvidas duas testemunhas de acusação, os Policiais Militares Luciano e Rômulo, os quais, sob o crivo do contraditório, em firmes depoimentos, coesos com aqueles prestados na Delegacia, narraram as circunstâncias da prisão em flagrante do acusado e apreensão do entorpecente, secundando os termos da incoativa. Disseram, em uníssono, que por ocasião dos fatos, encontravam-se na execução de suas funções de estilo, quando avistaram o acusado, já conhecido dos meios policiais, defronte a uma residência, e decidiram pela abordagem. Após revista pessoal, foram localizadas as porções de cocaína, escondidas sob as vestes do increpado. Informalmente, o réu admitiu a mercancia ilícita (fls. 07, 08 e mídia).

A testemunha arrolada pela defesa nada acrescentou à instrução, eis que não presenciou os fatos (mídia).

Como se pôde verificar, não há que se questionar a autoria, que restou devidamente comprovada, levando-se em conta as provas colacionadas aos autos, notadamente a prova testemunhal acusatória, plenamente coerente e harmônica.

De fato, os depoimentos dos policiais foram uniformes e incontroversos ao descreverem com riqueza de detalhes os fatos, conforme a denúncia. No mais, não se vislumbrou nenhum motivo para incriminarem falsamente o recorrido.

Com efeito, a valoração do depoimento de policiais obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, pois seria um absurdo considerar a condição funcional como fator de inidoneidade.

[...]

Destarte, não se pode negar valia aos depoimentos dados pelos policiais nestes autos, pois, repita-se, produzidos de forma segura e extreme de dúvidas.

No mais, o artigo 33 da Lei 11.343/06 retrata um tipo misto alternativo, ou seja, quaisquer das condutas descritas no dispositivo legal

caracterizam o crime em apreço.

Em razão disso, a conduta punível não é apenas vender ou expor à venda substância entorpecente, mas, também, trazer consigo, ter em depósito, guardar substância entorpecente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ademais, por ser crime de perigo abstrato, pune-se a conduta pelo risco que ela representa à saúde pública, não havendo a necessidade de prova da efetiva prática de ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, guarde ou mantenha em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Destarte, tendo em conta os elementos indiciários apurados (tais como a natureza, quantidade e forma de acondicionamento da droga apreendida; a prova testemunhal acusatória e as circunstâncias do caso concreto), conclui-se que o entorpecente estava reservado ao comércio nefando, como bem sublinhado pelo nobre apelante.

Demais disso, é de se ressaltar que a situação de usuário não descarta a figura de traficante, eis que há viabilidade de coexistência, quando provado o dolo genérico de traficar, o qual restou caracterizado in casu.

[...]

Portanto, a condenação do réu, pelo delito de tráfico ilegal de entorpecente, é medida que se impõe.

Passo, assim, à dosimetria da pena.

Atento aos critérios norteadores dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base no patamar mínimo legal.

Na segunda fase, dada a inequívoca condição de reincidente do réu (fls. 195), aumento sua reprimenda de 1/6.

Em se tratando de réu reincidente, não há que se falar na aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

À míngua de outras incidências na dosimetria, torno a pena do réu definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses e de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Ausentes nos autos elementos quanto à condição econômica do réu, fixo o dia-multa no mínimo legal.

Tratando-se de delito equiparado a hediondo, impositivo o regime inicial fechado, o único capaz de prover ressocialização ao increpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo. Não fosse por isso, a reincidência do réu igualmente recomenda a fixação de regime inicial mais gravoso, conforme julgados aos quais me filio.

A reincidência do apelado e o montante da reprimenda imposta são incompatíveis com a substituição da pena corporal por restritiva de direitos" (fls. 22-25, grifei).

Nesse particular, registre-se, **por oportuno**, que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, como ocorreu no presente caso.

Além disso, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade. (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte).

Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, **o que não ocorreu no presente caso.**

Nesse sentido:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DE INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL. PROVA IDÔNEA. COMÉRCIO EFETIVO. PRESCINDIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *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 pleito referente à ofensa ao princípio de inviolabilidade do*

domicílio não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento, diretamente, por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A pretensão de absolvição do delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 por insuficiência de provas não pode ser apreciada por este Tribunal Superior, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

4. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

5. É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (HC 382.306/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017).

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa." HC 404.514/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 12/03/2018, grifei)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a

finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o acusado, *mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.*

3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido." (HC 393.516/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/06/2017, grifei).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. ACESSO DA POLÍCIA ÀS MENSAGENS DE TEXTO TRANSMITIDAS POR TELEFONE CELULAR. AUTORIZAÇÃO DOS RÉUS. ***DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*** *AGRAVO IMPROVIDO.*

1. O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida.

2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu na hipótese.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 391.080/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 09/06/2017, grifei).

Ademais, a alteração do julgado, no sentido de promover a desclassificação, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelo eg. Tribunal **a quo**, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória. Ilustrativamente:

> *"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. MODIFICAÇÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SUMULA N. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO*
>
> *[...]*
>
> *2. Extraindo-se do elenco probatório, que o crime praticado foi motivado por questões de gênero, considerando que a vítima estaria em situação de vulnerabilidade por ser do sexo feminino, para se chegar a conclusão diversa daquela apontada pela sentença e reafirmada no acórdão recorrido seria necessário o revolvimento de todo o acervo fático-probatório, o que esbarra no óbice da Súmula n.*
>
> *7/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no AREsp 1145457/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi,** DJe 23/10/2017).

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RENITÊNCIA CRIMINOSA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.*
>
> *1. A aferição sobre a negativa de autoria demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do writ, devendo ser a questão dirimida no trâmite da instrução criminal.*
>
> *[...]*
>
> *4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa*

extensão, denegado" (HC 412.659/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura,** DJe 23/10/2017).

Quanto a **recidiva** ostentada pelo paciente, como bem destacou representante do **parquet** federal, *"[...] as provas dos autos confirmam que, em **08/12/2017**, houve o trânsito e julgado para defesa (fl. 33), referente à condenação do paciente pelos crimes dos arts. 305 e 309, ambos da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), de modo que, **tendo o crime em tela sido praticado em 15/12/2017** (fls. 11 e 13)**, de rigor o reconhecimento da reincidência delitiva"*** (fls. 76-77).

De mais a mais, vale lembrar, que o cômputo do prazo de extinção dos efeitos da reincidência é a **data do cumprimento ou da extinção da pena**, e não da data do **trânsito em julgado, nos termos do art. 64, I, do Código Penal.**

A propósito:

> *"PENAL PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 35, C/C ART. 40, I, TODOS DA LEI Nº 11.343/06. SÚMULA 83/STJ. ART. 105, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *3. O período depurador é contado da data do cumprimento ou extinção da pena, e não do trânsito em julgado das condenações anteriores, conforme determina o art. 64, I, do CP.*
>
> *[...]*
>
> *5. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.*
>
> *6. Agravo regimental improvido"* (AgRg no AREsp

830.199/SP, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 19/9/2017, grifei).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PERÍODO DEPURADOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 64, I, DO CP. DIES A QUO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE/CUMPRIMENTO DA PENA E, NÃO, O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. PACIENTE REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. O termo a quo para o cômputo do prazo de extinção dos efeitos da reincidência é a da data do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade, e não da data do trânsito em julgado da condenação anterior.

Na espécie, consta da folha de antecedentes criminais do paciente que a extinção da punibilidade da condenação anterior transitou em julgado em 4.10.2005, de modo que o quinquênio legal operou-se somente em 4.10.2010. Tendo sido o crime descrito nos presentes autos cometido em 22.7.2010, data em que o feito anterior ainda se encontrava ativo, verifica-se a não ocorrência do período depurador, restando plenamente configurada a reincidência.

2. Tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC 319.708/MS, **Sexta Turma,** Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/5/2015, grifei).

Nesse compasso, **é inviável a aplicação, in casu, do redutor legal do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06**, ante a reconhecida **reincidência** do paciente. Sobre o tema, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (**primariedade, bons antecedentes**, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da minorante.

Quanto ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena, colhe-se do v. acórdão impugnado:

"[...] Não fosse por isso, a ***reincidência*** *do réu igualmente* ***recomenda a fixação de regime inicial mais gravoso****, conforme julgados aos quais me filio.*

A reincidência do apelado e o montante da reprimenda imposta são incompatíveis com a substituição da pena corporal por restritiva de direitos*"* (fl. 25, grifei).

Da análise do excerto transcrito, tem-se que o regime inicial adequado à hipótese é o inicial **fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, **b** e § 3º, do Código Penal. Isso porque, conforme já minuciosamente exposto, **o paciente é reincidente** e foi condenado a **pena superior a quatro anos.** No mesmo sentido e em reforço:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 443/STJ. INAPLICÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *7. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *8. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte.* ***Por certo, tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em***

regime fechado.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado" (HC n. 442.277/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 30/05/2018).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO. REINCIDÊNCIA. CABIMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. ***Tendo a pena privativa de liberdade sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, mas superior a 4 anos, e sendo o réu reincidente, correta é a fixação de regime prisional fechado, nos termos do art. 33 § 2.º, alínea b, do Código Penal.***

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.566.223/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 02/02/2016, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator