

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.245.843 - MG (2011/0050652-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : DANIEL GRIGÓRIO GARCIA (PRESO)
ADVOGADO : HELIO SOARES DE PAIVA JUNIOR - MG080399

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição Federal, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, por infração do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a 6 anos de reclusão, em regime fechado, e multa.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl.183):

TRÁFICO - NEGATIVA DE AUTORIA - DEPOIMENTO DE POLICIAL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. Comprovada autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas, imperiosa a condenação do acusado. Sabe-se que em se tratando de tráfico de drogas, os depoimentos dos policiais que realizaram a diligência para a prisão em flagrante do réu merece credibilidade como qualquer outro, notadamente se corroborados pelas demais provas dos autos.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme acórdão de e-STJ fls. 198/200.

No presente recurso especial, o Ministério Público estadual aponta violação dos arts. 64, I, do Código Penal e do 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alega que, "de acordo com o que consta no *decisum* combatido, entre o trânsito em julgado da condenação anterior (10/10/03) e o dia do cometimento do novo delito (30/08/2008), houve o decurso de período inferior a cinco anos (quatro anos, dez meses e vinte dias), de forma que esta dá ensejo ao reconhecimento da reincidência, nos termos do já citado art. 64, I, do Código Penal", defendendo ser necessária a aplicação da agravante do art. 61, do Código Penal. Argumenta que, "em consequência do fato de ser o acusado reincidente, [impõe-se] o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos"

Superior Tribunal de Justiça

(e-STJ fl. 211).

Sustenta que, "mesmo se não for apta a caracterizar a reincidência, a condenação anterior está a macular os antecedentes do imputado" (e-STJ fl. 212).

Requer "seja reconhecida reincidência do acusado, aplicada a agravante respectiva, afastando-se, em consequência, a minorante" e, "subsidiariamente, pleiteia seja reconhecido que o réu possui maus antecedentes, com o consequente afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (e-STJ fl. 214).

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 241/242.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 256/262).

É o relatório.

Decido.

No presente recurso, postula o recorrente, em suma, a consideração, na dosimetria da pena, de ação penal anterior transitada em julgado como fator ensejador da reincidência ou, ao menos, de maus antecedentes, com aptidão, inclusive, para afastar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Para o deslinde da controvérsia, oportuna a transcrição da parte da sentença na qual a pena foi aplicada, *in verbis* (e-STJ fls. 128/130, grifei):

ISTO POSTO, e diante de tudo o mais que dos autos consta, inexistindo qualquer causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade JULGO PROCEDENTE a pretensão condenatória contida na denúncia para condenar DANIEL GRIGÓRIO GARCIA, como incurso nas penas do Art.

33, caput, da Lei 11.343/06.

Levando em conta as diretrizes dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/2006, passo à fixação das penas cabíveis.

a) O réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar em especial;

b) o réu possui de maus antecedentes, em vista da informação trazida pela certidão cartorária de ff. 43/44, a qual noticia a existência de uma condenação penal anterior transitada em julgado. Mas, tendo em vista que tal circunstância implica ao

Superior Tribunal de Justiça

mesmo tempo em reincidência, deixo de valorá-la, reservando sua aplicação para a segunda fase de dosimetria penal, em observância à súmula 241 do STJ como forma de não ocorrer *bis in idem*;

c) Não há nos autos elementos que evidenciam a respeito de sua conduta social, razão pela qual deixo de valorá-la;

d) Como não existe nos autos qualquer relatório psicossocial, deixo de valorar a personalidade do agente;

e) O motivo do crime já é punido pelo próprio tipo penal, razão que me faz deixar de valorá-lo;

f) As circunstâncias do crime se encontram relatadas nos autos, nada tendo a se relatar;

g) As conseqüências do delito são desconhecidas, tendo em vista que não se chegou à confirmação exata de qualquer comércio de drogas por parte do acusado;

h) Como o crime atenta contra a saúde pública, não se pode cogitar acerca do comportamento da vítima;

Por considerar que as circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis ao acusado, fixo-lhe a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Como ficou evidenciado linhas acima, a certidão de ff. 43/44 evidencia que o condenado é reincidente, razão pela qual agravo-lhe as penas em 01 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa. (Art. 61, 1, do CP) .

Não há nos autos qualquer outra atenuante genérica que favoreça o réu.

À mingua de outras causas de aumento e diminuição de pena, torno definitiva as reprimendas impostas em 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO E 600 (SEISCENTOS DIAS-MULTA).

Tendo em vista a situação econômica do réu e o que dispõe o Art. 43 da Lei 11.343/06, fixo o valor do dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato, corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Nos termos do Art. 33, § 2º, "a", do CP e Art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, fixo o regime INICIALMENTE FECHADO para o cumprimento de pena. Nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, uma vez que não preenche os requisitos do Art. 59 da Lei 11.343/06, estando ainda presentes os requisitos que ensejam o decreto preventivo, tudo como determina o Art. 2º, § 3º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Sobre o tema, o Tribunal assim se manifestou (e-STJ fls. 128/130):

Entretanto, vejo que alguns reparos merecem ser feitos na reprimenda aplicada ao réu.

Em primeiro lugar, entendo não ter se configurado a agravante da reincidência.

Superior Tribunal de Justiça

De acordo com as fls. 43/44 dos autos, o apelante cometeu um crime contra o patrimônio na data de 19 de agosto de 2.002, tendo sido condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto. Esta foi substituída por uma pena restritiva de direitos.

O trânsito em julgado ocorreu em 10 de outubro de 2.003, mas a baixa do processo se deu apenas em 20 agosto de 2.008.

A reincidência é verificada se após o trânsito em julgado de sentença que condenou o agente por crime, este, no prazo de 05 (cinco) anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena, vem a cometer nova infração penal.

Sabe-se que tendo sido a pena do delito anterior substituída por restritiva de direitos, enquanto esta não for cumprida, não se pode considerar extinta a reprimenda. Talvez por esta razão a baixa do processo tenha se dado apenas em 2.008.

Entretanto, não entendo isso seja provável. Tendo ocorrido o trânsito em julgado no ano de 2.003, não é crível que até o ano de 2.008, ou seja, 05 (cinco) anos depois, não tenha a pena restritiva de direitos sido cumprida.

Dessa forma, como não há nos autos provas de que isso tenha ocorrido e acreditando que o mais provável seja que tenha havido um equívoco por parte da secretaria do juízo da Comarca de Ipanema em baixar o processo do apelante na data correta, não pode ser a reincidência considerada.

Assim, considerando ser o réu primário e, ainda, sendo ele possuidor de bons antecedentes, não integrante de organização criminosa e não dedicado a atividades criminosas, faz ele jus à minorante do artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/2 (metade), tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida e a sua baixa potencialidade lesiva.

Passo, agora, a adequar a reprimenda ao condenado.

Sobre a pena base aplicada ao réu, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias -multa, aplico a minorante do § 4.º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena do apelante em 1/2 (metade) e fixando-a, definitivamente, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias -multa.

O regime inicialmente fechado se justifica em face da norma contida no § 1.º, do artigo 2.º, da Lei 8.072/90.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devido à vedação constante do § 4.º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 e por entender não ser o benefício socialmente recomendável àqueles que cometem crimes de tóxico.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso para decotar a agravante da reincidência, aplicar a minorante do § 4.º, do artigo 33, da lei de drogas e reduzir a pena do réu a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. Determino, ainda, o cumprimento da requisição ministerial de fls. 40v. e a abertura de inquérito policial

Superior Tribunal de Justiça

para a apuração dos crimes de abuso de autoridade e lesões corporais, em face do auto de corpo de delito de fl. 25 e comunicação de serviço de fl. 26.

Como se observa dos trechos acima colacionados, os autos não trazem elementos suficientes para comprovar o transcurso ou não do período depurador da condenação anterior, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, tendo em vista não estar certa a data de cumprimento ou a extinção da pena restritiva de direitos.

Desse modo, mostra-se inviável perquirir acerca da configuração da reincidência, pois a apuração da data efetiva de extinção da pena exigiria revolvimento fático não admitido nesta via, nos termos da Súmula n. 7/STJ.

Entretanto, para fins de fundamentação de maus antecedentes, verifica-se que, a despeito de a matéria ainda não ter sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal, esta Corte tem entendido que a condenação superada pelo período depurador pode ser considerada como maus antecedentes para fins de elevação da pena-base. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR DE 5 (CINCO) ANOS. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Prevalece nesta Corte o entendimento segundo o qual 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.

2. Não cabe a esta Corte manifestar-se, ainda que para fins de prequestionamento, acerca de suposta afronta a princípios e/ou dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1481913/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DO PERÍODO DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

1. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça possuem o entendimento consolidado de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.

2. Tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a existência de precedentes em ambos os sentidos e a ausência de qualquer excepcionalidade no caso dos autos, não há como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes e conclui que o réu possui maus antecedentes.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 471.346/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019)

Sendo assim, assiste razão ao recorrente, devendo a pena-base ser elevada em 1/6, pela negatização dos maus antecedentes, nos termos da fundamentação supra.

Além disso, verifica-se que, uma vez constatados os maus antecedentes, a minorante não poderá ser aplicada, nos termos da jurisprudência desta Corte, a saber:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. LEITURA DA DENÚNCIA ANTES DA OUVIDA DAS TESTEMUNHAS. IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PROIBIÇÃO LEGAL. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ACESSO A MENSAGENS DE CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇÃO APOIADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL E POSSUI MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. BIS IN IDEM NA DOSIMETRIA PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de

que "não há se falar em nulidade da sentença condenatória, em virtude da leitura da denúncia antes da oitiva das testemunhas, quer por ausência de violação de princípio ou norma do processo penal quer por ausência de demonstração de eventual prejuízo. Como é cediço, a moderna processualística não admite o reconhecimento de nulidade que não tenha acarretado prejuízo à parte, porquanto não se admite a forma pela forma" (HC 282.148/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016).

2. Consoante a jurisprudência deste Tribunal, a inversão na ordem prevista no art. 212 do CPP é passível de nulidade relativa, devendo ficar demonstrada a efetiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no caso.

3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). Precedentes.

4. Embora esta Corte Superior tenha firmado o entendimento de serem ilícitas as provas obtidas diretamente pela polícia no momento do flagrante, mediante acesso às mensagens de celular, sem a devida autorização judicial, in casu, tal averiguação não tem o condão de desconstituir a condenação do recorrente, pois ela está apoiada em elementos diversos do conjunto probatório. Precedente.

5. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

6. É firme a jurisprudência deste Tribunal 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.

7. Hipótese em que, além de possuir feito em trâmite por delito também previsto na Lei de Drogas, o recorrente ostenta maus antecedentes, sendo incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

8. A tese relativa à ocorrência de *bis in idem*, por terem os maus antecedentes sido sopesados na primeira e na terceira fase da dosimetria, não foi suscitada oportunamente nas razões do recurso especial, configurando, pois, indevida inovação recursal.

9. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1728794/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 25/03/2019, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO

LEGAL. ANÁLISE NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, NATUREZA E QUANTIDADE DROGA, CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE JURIDICAMENTE VINCULADA. CASO CONCRETO E MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ANOTAÇÃO CRIMINAL ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 AFASTADA COM BASE EM ANOTAÇÕES CRIMINAIS CONFIGURADORES DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP E ART. 42, DA LAD). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

VII - Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, 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 organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp n. 648.408/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 5/10/2015; AgRg no REsp n. 1.423.806/SP; Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe de 20/8/2015).

VIII - Considerando-se apenas o quantum de pena aplicado (7 anos e 2 meses de reclusão), o regime poderia, em princípio, ser o semiaberto. Todavia, não se pode olvidar a existência de circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, maus antecedentes e natureza e quantidade da droga apreendida) que foram consideradas na dosimetria da pena, na primeira fase, para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Assim, inviável a fixação do regime intermediário unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n.

11.343/06.

IX - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 485.951/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 19/02/2019, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES E DEDICAÇÃO AO TRÁFICO DE FORMA ROTINEIRA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E CONDENAÇÃO QUE SUPERA 4 ANOS DE RECLUSÃO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes. 4. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

5. Na espécie, a negativa de aplicação do redutor baseou-se na existência de maus antecedentes, extraídos de duas condenações anteriores pela prática do mesmo crime, o que obsta a aplicação do redutor.

6. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.

8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

7. Hipótese em que o Tribunal a quo conferiu legalidade ao regime inicial fechado, mais gravoso que a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão comporta, ao consignar a existência de circunstâncias judiciais negativas, extraídas dos maus antecedentes do paciente.

8. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante o não preenchimento do requisito objetivo previsto

Superior Tribunal de Justiça

no art. 44, inciso I, do Código Penal.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 423.685/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018, grifei).

À vista do acima explicitado, passo à nova dosimetria da pena.

Sendo assim, fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, passando para 5 anos e 10 meses de reclusão e 580 dias-multa.

Afastada a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos da fundamentação supra e ausentes outras causas modificativas, torno definitiva a pena do recorrido em **5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, tendo em vista o *quantum* da reprimenda e a fixação da pena-base acima do mínimo legal (art. 33, § 2º, do Código Penal), e 580 dias-multa.**

Ante o exposto, **conheço parcialmente e, nesta parte, dou provimento ao recurso** para elevar a pena do recorrido para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 580 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator