

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.783.634 - SP (2018/0321445-6)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**  
**RECORRENTE : DIONE MARTINS MARINHO (PRESO)**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ALESSANDRA PINHO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

## **DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por DIONE MARTINS MARINHO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0000467-22.2015.8.26.0626).

Consta nos autos que o Recorrente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa (fls. 295-299).

Irresignada, a Defesa recorreu ao Tribunal de origem, que negou provimento à apelação defensiva (fls. 374-387).

Nas razões do recurso especial, aponta-se ofensa ao art. 33 do Código Penal, sob o argumento de que seria possível a fixação do regime inicial semiaberto no caso em apreço, pois "*deve ser afastado o entendimento de que o fato de o recorrente ser reincidente, por si só, é suficiente para a fixação de regime prisional mais grave*" (fl. 421).

Alega-se, ainda, que o Tribunal de origem negou vigência ao art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, tendo em vista que o Recorrente esteve preso preventivamente por mais de 2 (dois) anos, de modo que este tempo de prisão processual é suficiente para autorizar a fixação de regime prisional menos gravoso.

# Superior Tribunal de Justiça

Contrarrazões às fls. 431-438.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral João Pedro de S. Bandeira de Mello Filho, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 451-456).

É o relatório. Decido.

De início, quanto à alegada ofensa ao art. 33 do Código Penal, constata-se que a alínea *b* do § 2.º do referido dispositivo legal dispõe que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto. Assim, a *contrario sensu*, tratando-se de réu reincidente, ainda que condenado à pena inferior a 8 (oito) anos, é cabível a fixação de regime fechado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que, ainda que fixada pena inferior a 8 anos e que sejam favoráveis as circunstâncias judiciais, tratando-se de réu reincidente, cabe a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena. Sobre o tema, confira-se:

**"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PENA DEFINITIVA ENTRE 4 E 8 ANOS DE RECLUSÃO. CONSTATADA A REINCIDÊNCIA DO RECORRENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE. IDÔNEA APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, DO CP.**

*1. Conforme exposto no combatido aresto o referido pleito não comporta provimento, notadamente diante da constatada reincidência do recorrente, o que, por si só, justifica o regime inicial fechado, obstando o cárcere mais brando pretendido.*

*2. A despeito do arguido pelo agravante, tem-se que a fixação da pena-base no mínimo legal não tem o condão de, necessariamente, abrandar o cárcere imposto pelas instâncias ordinárias, notadamente quando reconhecida a reincidência do agente, em consonância com o quanto disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.*

*3. É cabível a fixação do regime inicial fechado ao réu reincidente, condenado a pena superior a quatro anos, ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal. Inteligência do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal (HC n. 461.033/DF, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 23/11/2018).*

*4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.767.004/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe de 12/03/2019; sem grifos no original.)*

# *Superior Tribunal de Justiça*

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. DESPROPORCIONALIDADE. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO EM PARTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

**5. Mantido o quantum da sanção final em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, 'b', do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).**

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base aplicada, bem como para diminuir a fração da agravante de reincidência para 1/6, resultando a pena definitiva em 7 anos de reclusão mais o pagamento de 700 dias-multa, mantido o regime inicial fechado." (HC 398.168/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe de 16/02/2018; sem grifos no original).

De outra parte, no tocante à aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, ainda que descontado o período entre a prisão preventiva do Recorrente (28/12/2015 - fl. 26) e o acórdão recorrido (10/05/2018 - fl. 374) – cerca de **2 (dois) anos e 5 (cinco) meses** –, a pena permaneceria em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo de rigor a manutenção do regime inicial fechado, devido à presença da reincidência.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL. DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, CPP. IRRELEVANTE. PACIENTE REINCIDENTE. PENA FINAL SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO, APÓS O DESCONTO. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO. PRETENSÃO DE MAIOR PRAZO PARA JUNTAR NOVOS DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO NÃO ADUZIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

**2. Ocorre que, mesmo que se procedesse à detração do período de custódia cautelar, a condenação permaneceria em patamar superior**

# Superior Tribunal de Justiça

a 4 anos de reclusão e, em razão da reincidência do paciente, o regime inicial para o cumprimento da pena continuaria a ser o fechado, sendo, pois, irrelevante a análise da questão.

3. Inviável a análise de pretensão diretamente por esta Corte superior a fim de se evitar indevida supressão de instâncias.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 406.036/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe de 11/05/2018; sem grifos no original.)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL FIXADO NA SENTENÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. O Tribunal de origem, embora tenha reconhecido que a detração do tempo de prisão cautelar possui efeito na fixação de regime inicial de cumprimento da pena, deixou de aplicar o benefício do disposto no art. 387, § 2º, do CPP por entender que a quantidade da pena a ser cumprida somada ao fato de se tratar de réu reincidente impedia a concessão de regime inicial diverso do fechado. Ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta - 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão -, não haveria alteração do regime inicial fixado, tendo em vista tratar-se de réu reincidente.

Writ não conhecido." (HC 366.030/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe de 10/10/2016; sem grifos no original.)

Portanto, aplica-se, quanto aos temas do recurso, o disposto na Súmula n.º 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora