



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 326.560 - SC (2015/0136423-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MARCELO VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. SENTENÇA ANTIGA. RELATIVIZAÇÃO. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO.

1. *"À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal."* (AgInt no REsp 1.716.818/RJ, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

2. *In casu*, o Tribunal *a quo* manteve a exasperação da pena-base, considerando desfavorável a existência de uma condenação com trânsito em julgado ocorrida mais de dezesseis anos antes do crime ora em análise, o que não destoa do entendimento desta Corte que, em casos excepcionais, relativiza os referidos efeitos pelo excessivo decurso do tempo entre a extinção da pena anterior e a nova condenação. Precedentes.

2. Afastados os maus antecedentes e verificado que as demais circunstâncias do crime respalda a concessão do privilégio do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, deve-se modular o benefício, com a aplicação de fração redutora intermediária, tendo em vista a natureza e a quantidade de droga apreendida.

3. Sendo favoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, deve ser modificado o regime inicial de cumprimento de pena, bem como aplicar-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do juízo das execuções.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para redimensionar a pena aplicada ao agravante, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 26 de junho de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 326.560 - SC (2015/0136423-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MARCELO VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto por Marcelo Vieira, nos termos do art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, contra decisão unipessoal desta Relatoria (e-STJ, fls. 287-292), que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em seu favor.

De acordo com os autos, o agravante foi condenado a 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Segundo a denúncia, em 12.9.2013 o réu foi flagrado na posse de 43 gramas de *crack* que destinaria à venda.

Em sede de apelação, o eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina reformou o édito condenatório, reduzindo a pena aplicada, que passou a ser de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

O *habeas corpus* impetrado perante esta Corte pretendeu redimensionar a pena imposta ao paciente, afastando-se o aumento decorrente da apreciação negativa dos antecedentes criminais, porquanto a condenação que serviu de esteio para a exasperação ocorreu em período não alcançado pelo lapso temporal previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Assevera, ainda, que a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi afastada em razão desta mesma condenação, cuja pena foi extinta mais de dezoito anos antes da prática dos fatos aqui narrados.

O *writ* não foi conhecido, por ser substitutivo de recurso próprio.

Neste regimental, a defesa insiste na necessidade de revisão da pena aplicada, afastando-se os efeitos deletérios da condenação anterior, em razão do tempo decorrido entre aquela conduta e os fatos ora tratados, pugnando, ao final, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, pela apresentação do feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 326.560 - SC (2015/0136423-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Inicialmente, verifica-se a tempestividade deste agravo, considerando que a Defensoria Pública, que patrocina os interesses do agravante, foi intimada eletronicamente da decisão ora agravada em 3.5.2017 (e-STJ, fl. 294) e o presente recurso foi protocolizado em 12.5.2017, dentro, portanto, do prazo previsto no art. 258, combinado com o art. 109, § 1º, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao mérito, o agravante requer, em primeiro lugar, a exclusão da avaliação desfavorável dos maus antecedentes do cálculo da pena-base, de modo a que esta seja fixada no mínimo legalmente estabelecido para o tipo penal a que foi condenado.

Acerca do tema os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo Tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitido o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

Por fim, vale ressaltar que a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, sendo permitido ao julgador analisar com discricionariedade o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessume-se dos autos que a pena-base do paciente foi fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses em razão dos maus antecedentes.

Ao discorrer sobre o tema, o eg. Tribunal de origem fez as seguintes ponderações:

In casu, ao analisar a certidão de fl. 30. observa-se que o réu possui outra condenação definitiva por fato anterior ao apurado neste feito (autos n. 020.90.002821-1), com extinção da punibilidade em 25/04/1997.

Salienta-se que muito embora a extinção da punibilidade do réu ocorreu em decorrência da prescrição executória (art. 110, do CP), "é possível a utilização, como maus antecedentes, de condenação criminal transitada em julgado, cuja pena aplicada foi declarada extinta pela prescrição da pretensão executória" (STJ. REsp 1065756/RS, Rei. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 17/04/2013).

No entanto, presente apenas uma circunstância judicial desfavorável (antecedentes), e considerando que a Magistrada utilizou fração superior ao entendimento deste Tribunal de que, para cada circunstância negativa aumenta-se a reprimenda em 1/6 (um sexto), reduz-se a pena-base para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. (e-STJ, fl. 236).

Cumpre consignar que a jurisprudência desta Corte, de fato, é orientada no sentido de que, "à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal." (AgInt no REsp 1.716.818/RJ, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Sodalício:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE MAJORADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES COM PERÍODO DEPURADOR SUPERIOR A 5 ANOS. POSSIBILIDADE. REINICIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e deste Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. **É firme no Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial no sentido de que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos previstos no art. 64, inciso I, do Código Penal, constituem fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa dos antecedentes criminais.** No caso dos autos, verifica-se que há diversas condenações com trânsito em julgado, inclusive duas por tráfico de drogas, que foram alcançadas pelo período depurador de 5 anos, sendo corretamente utilizadas, neste tópico, pelas instâncias ordinárias para exasperar a pena-base.

3. Por outro lado, nota-se que a condenação utilizada pelo Tribunal de origem (Processo n. 165881-03.1995.8.19.0001) para majorar a pena na segunda fase da dosimetria, também já foi alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastando, portanto, os efeitos da reincidência, devendo a pena de ambos os delitos ser redimensionada, reduzida em 1/6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante de reincidência do delito de tráfico de drogas e do delito de associação para o tráfico, redimensionando a pena total do paciente para 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 1.300 (um mil e trezentos) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado. (HC 409.627/RJ, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENÇÃO 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 08/08/2017, DJe 16/08/2017)

Conforme determina do artigo 64, I, do Código Penal, o período depurador em questão é contado da data do cumprimento ou extinção da pena, e não do trânsito em julgado das condenações anteriores.

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.

1. Entende esta Corte que a incidência do óbice do enunciado da Súmula nº 83/STJ opera-se tanto nos recursos especiais interpostos pela alínea a quanto pela alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. A exasperação da sanção inicial encontra-se devidamente fundamentada nos maus antecedentes do recorrente, tendo a Corte a quo afirmado expressamente a existência de duas condenações anteriores transitadas em julgado em data anterior ao cometimento do delito em questão, fato este que autoriza o incremento da sanção na primeira fase da dosimetria.

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.

4. A tese relativa à confissão espontânea não pode ser conhecida, pois não foi objeto de debate pelo acórdão atacado, não tendo havido oposição de embargos de declaração com vistas ao prequestionamento. Aplicação analógica do enunciado das Súmulas nº 282 e 356/STF.

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, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 19/09/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, esta Corte tem afastado, em caráter excepcional, a avaliação negativa dos maus antecedentes quando amparada em condenações demasiadamente distantes do crime em apuração, como no caso destes autos, em que a conduta que sustenta a exasperação da pena-base foi cometida mais de dezesseis anos antes do delito de tráfico de drogas.

Nesse sentido:

REVISÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA QUE JÁ NÃO MAIS SERVE COMO REINCIDÊNCIA. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO QUE SE DEU HÁ 22 ANOS. CASO DE DISTINÇÃO. AFASTAMENTO. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REVISÃO CRIMINAL PROCEDENTE.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que que condenações definitivas que não configuram reincidência por força do previsto no art. 64, I, do Código Penal, podem servir como maus antecedentes.

2. O entendimento, entretanto, não se aplica aos casos em que decorrido longo período após a condenação configuradora dos maus antecedentes. Precedente.

3. Revisão Criminal provida. (RvCr 3601/RJ, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Revisor Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MUITO ANTIGA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AFASTAMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM FUNDADA FUNDAMENTO IDÔNEO. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, em princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes.

2. Contudo, à luz do princípio da razoabilidade, tendo em conta que a pena imposta, relativa ao delito que gerou a valoração negativa dos antecedentes, foi cumprida há mais de 10 anos deve ser, excepcionalmente, afastado o trato negativo da vetorial.

3. Fundamentada a não aplicação do benefício pela presença de elementos que revelam dedicação à atividade criminosa, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estreita via do habeas corpus.

4. *Ordem concedida em parte para afastar a valoração negativa dos maus antecedentes quanto ao paciente CÍCERO, reduzindo suas penas a 6 anos e 6 meses de reclusão e 650 dias-multa. (HC 402.848/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Relator(a) p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/03/2018).*

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO CUJA PENA FOI CUMPRIDA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento de que condenações transitadas em julgado cuja pena foi cumprida ou se extinguiu há mais de cinco anos podem ser utilizadas para efeito de maus antecedentes.

2. Apesar de existirem julgados da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao entendimento adotado, como regra, por este Tribunal, ainda não é o caso de se alterar a jurisprudência hodierna, tendo em vista que não houve pronunciamento definitivo e vinculante quanto a essa temática por parte do Pretório Excelso.

3. Em casos excepcionais, nos quais a condenação transitada em julgado, já cumprida (ou que tenha tido sua punibilidade já extinta) e que tenha ultrapassado o período depurador do art. 64, I, do CP, mas que se refira a fato ocorrido já há muito tempo, admite-se, em atenção ao princípio da razoabilidade, que dita condenação não seja computada como maus antecedentes para efeito de elevação da pena base de novo delito. Precedentes: Revisão criminal n. 3.601/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Terceira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017; HC 391.015/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017; HC 354.361/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016. Entretanto, não é esse o caso dos autos, pois a pena referente ao crime anterior foi cumprida há cerca de oito anos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.250.594/MG, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, 05/04/2018, DJe 13/04/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.

2. Quando os registros da folha de antecedentes do réu são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.

3. Não decorridos sequer seis anos do trânsito em julgado da condenação utilizada para caracterizar maus antecedentes, deve ser mantida a avaliação negativa da vetorial.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.578.033/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016).

Assim, há que ser excluída da primeira fase do cálculo dosimétrico a apreciação desfavorável dos antecedentes criminais.

Relativamente ao reconhecimento do tráfico privilegiado, sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

O objetivo deste benefício foi o de conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida. A lei, porém, não determinou quais os parâmetros deveriam ser adotados para modular a redução da pena, limitando-se a estabelecer as frações mínimas e máximas de diminuição.

O afastamento do benefício, no caso destes autos, foi justificado em razão dos maus antecedentes do réu, conforme se verifica pela leitura do trecho a seguir:

Também não merece prosperar a irresignação da defesa neste ponto.

Com efeito, para fazer jus à referida benesse, é necessário que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa, nem integre organização criminosa, ou seja, é concedida àquele que atua de modo individual e ocasional.

(...)

Pois bem, in casu, a certidão de antecedentes carreada aos autos (fl. 30). demonstra que o apelante possui maus antecedentes, posto que detém condenação definitiva pelo crime de furto (autos n. 020.90.002821-1). Conforme já ressaltado alhures. (e-STJ, fls. 236-237).

A aplicação do benefício, de fato, depende do preenchimento de requisitos objetivamente previstos na lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No entanto, em que pese o fundamento empregado pelo Tribunal para inviabilizar a aplicação da causa especial de diminuição de pena, verifica-se que as circunstâncias do crime - especialmente a ínfima quantidade de entorpecente envolvida na ocorrência (43 g de crack) - respalda a concessão do benefício.

Dessa forma, levando-se em conta a reduzida quantidade (43 gramas), mas sem perder de vista a excessiva nocividade do tóxico apreendido (crack), e ainda a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração redutora de **1/2 (metade)**.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA CONSIDERADA NOVAMENTE. BIS IN IDEM. ARE 666.334/MG. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. 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.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte, apenas, quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, embora tenha sido utilizado argumento válido para a majoração da reprimenda inicial (a natureza da droga) e seja razoável a definição do índice de aumento em 1/6, o Tribunal de origem incorreu em indevido bis in idem, ao sopesar idêntica circunstância na escolha do patamar de redução da pena pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ARE 666.334/MG, STF).

4. À minguada de outros elementos probatórios, e considerando a primariedade e os bons antecedentes do agente, aliados ao fato de ser inexpressiva a quantidade de droga apreendida (7 pedras de crack), a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006 deve ser operada no máximo legal, em 2/3. Precedentes.

5. Sendo desfavoráveis uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o bis in idem verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 166 dias-multa. (HC 310.752/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFIMA. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR À QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

II - Em relação à aplicação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve considerar as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição. Precedentes.

III - Na espécie, não houve fundamentação idônea a lastrear a não aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), existindo flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício. Nesse contexto, a pequena quantidade de droga apreendida (doze gramas, de cocaína na forma de "crack", doze gramas de maconha e um grama e nove decigramas de cocaína), bem como a primariedade do paciente e a diversidade das substâncias apreendidas já utilizadas para exasperar a pena-base, autorizam a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3).

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, mais 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, bem como fixar o regime semiaberto, para o início do cumprimento da pena do paciente. (HC 428.847/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018)

Passando-se à dosimetria, tem-se que a pena-base deve ser redimensionada, com o afastamento dos maus antecedentes desta etapa da dosimetria, passando a 5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, a qual se mantém inalterada na segunda fase, em face da inexistência de atenuantes e agravantes.

Na terceira etapa, aplica-se a redutora em seu grau intermediário, de 1/2 (metade), chegando-se à pena definitiva de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

O regime inicial deve ser abrandado, passando a ser o **aberto**.

A sanção pecuniária também comporta redução, passando a **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, calculados conforme estabelecido na sentença.

Preenchendo o agravante os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que findou condenado, sendo ainda socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, especialmente diante do fato de que a única circunstância judicial desfavorável é a natureza dos entorpecentes apreendidos. Desse modo, **deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução criminal**.

Sobre a possibilidade de não agravamento do regime prisional e de substituição da reprimenda corporal, vale reproduzir:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. SUFICIÊNCIA PARA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DO DELITO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso em concreto, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (28 porções de cocaína e 19 porções de crack), o regime aberto é o adequado à prevenção e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à reparação do delito. Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1192973/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (8,5g de crack), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada inferior a 4 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade destes últimos pacientes por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções. (HC 413.812/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRIMÁRIO E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO E NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BASE NA NATUREZA DA DROGA, ISOLADAMENTE CONSIDERADA. INSUFICIÊNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, nos termos do que estabelece o § 3º do art. 33 do mesmo Diploma, em conjunto com as disposições do art. 42 da Lei de Drogas.

2. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas.

3. No caso, contudo, trata-se de réu primário cujas circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Assim, em que pese a natureza mais gravosa da droga (crack), a quantidade do entorpecente apreendido (13,7g) não pode ser considerada significativa, de sorte a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 388.407/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017)

Diante do exposto, **dou parcial provimento ao agravo regimental**, para redimensionar a pena aplicada ao agravante, nos termos acima descritos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0136423-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 326.560 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00172456720138240020 020130172456 172456720138240020 20130172456 20140607364
4731300341

EM MESA

JULGADO: 26/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MARCELO VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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 : MARCELO VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator"

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.