



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.585 - SP (2017/0204226-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : ARAI DE MENDONCA BRAZAO
ADVOGADO : ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO - SP197602
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO RODRIGO DOS SANTOS VELOZO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA MAJORADA NA PRIMEIRA FASE UTILIZANDO MAUS ANTECEDENTES E NA SEGUNDA A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DECURSO DE LAPSO SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O TÉRMINO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E A DATA DO NOVO CRIME. RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. VERIFICAÇÃO. FOLHA DE ANTECEDENTES. DOCUMENTO VÁLIDO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). VEDAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. REQUISITOS OBJETIVOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. 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 (cinco) anos previstos no art. 64, inciso I, do Código Penal, constituem fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base. Embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes. Precedentes.

Dessa forma, verifica-se que as instâncias ordinárias aumentaram a pena do paciente na primeira e na segunda fase considerando os maus antecedentes e a reincidência, respectivamente, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

3. *"A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, motivo pelo qual não há que se falar em constrangimento ilegal na aferição negativa desse elemento"* (HC 396.780/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/08/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

In casu, o acórdão recorrido destacou que o paciente ostenta a condição de reincidente e possui maus antecedentes, o que afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida, estando esse fundamento em consonância com o entendimento desta Corte.

5. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, quanto ao tema, foi editado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do – STF.

No caso dos autos, não restou evidenciada ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese, quais sejam, os maus antecedentes e a natureza das drogas apreendidas, tendo sido negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33) e, ainda, a Corte estadual ressaltou a condição de reincidente do paciente para manter o regime fechado.

Dessa forma, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, correta a aplicação do regime mais gravoso, o fechado na hipótese, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

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, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.585 - SP (2017/0204226-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : ARAI DE MENDONCA BRAZAO
ADVOGADO : ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO - SP197602
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO RODRIGO DOS SANTOS VELOZO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de APARECIDO RODRIGO DOS SANTOS VELOZO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0000454-70.2015.8.26.0578.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

MATERIALIDADE auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo comprovação que o material apreendido é droga.

AUTORIA depoimento policial que indica a apreensão de droga validade depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado inoportunidade no caso em tela.

TRÁFICO destinação a terceiros indícios tais como variedade incompatível com a figura de usuário; falta de capacidade econômica para o réu possuir a droga apreendida para seu uso pessoal; apreensão de quantia em dinheiro e balança de precisão tipo congruente.

PENA base acima do mínimo pela natureza e pelos antecedentes agravamento pela reincidência, que afasta o redutor do tráfico regime fechado decorrente da maior culpabilidade dos réus descabimento da substituição de penas – improvimento (fl. 10).

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante alega que a pena-base foi majorada em razão da reincidência, porém não foi juntada aos autos as certidões dos processos citados. Dessa forma, o paciente faz *jus* à aplicação da minorante prevista no § 4º da Lei de Drogas, pois o paciente não é reincidente.

Sustenta que restou caracterizado *bis in idem*, em razão da pena ter sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorada na primeira fase com base nos maus antecedentes e na segunda com base na reincidência. Aduz que condenações com mais de 5 anos não podem ser utilizadas como maus antecedentes.

Por fim, afirma preencher os requisitos para fixação de regime prisional mais brando.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a revisão da dosimetria da pena.

Indeferida a liminar às fls. 304/305, o Ministério Público Federal, às fls. 309/312, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.585 - SP (2017/0204226-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o redimensionamento da pena imposta ao paciente, bem como a fixação de regime prisional mais brando.

Inicialmente, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática do crime de tráfico de drogas e aplicou a pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

Analizadas as diretrizes dos artigos 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do Código Penal, verifico que a diversidade das drogas apreendidas (cocaína e crack) , bem como a natureza destrutiva das mesmas, autorizariam, por si só, maior reprovabilidade da conduta da réu. Ademais, ainda se verifica que o réu possui maus antecedentes (págs. 201, 204 e 205), diante de condenações com trânsito em julgado que ultrapassaram o lapso temporal de cinco anos , razão pela qual aumento a pena-base em 1/3, fixando-a em 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias- multa, no mínimo legal.

Na segunda fase, não incidem atenuantes, no entanto, está presente a circunstância agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal (certidão de págs.206) . Majoro, portanto, a pena base em 1/6 (um sexto), resultando na pena de 07(sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção e 777 dias-multa.

Na terceira fase, deixo de aplicar o redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33, diante dos maus antecedentes e da reincidência. Assim, não havendo causas de aumento de pena, mantenho a pena anterior aplicada, a qual torno definitiva ante a inexistência de outras causas modificadoras.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por expressa vedação legal (artigo 44 da Lei 11.343/2006), o réu não faz jus aos benefícios previstos nos artigos 44 e 77 do Código Penal, considerando também o quanto já foi mencionado acima a respeito do perigo concreto que representou a conduta do réu, das drogas comercializadas e da reincidência.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal e, em consequência, CONDENO o réu APARECIDO RODRIGO DOS SANTOS VELOZO, qualificado nos autos, às penas de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção e 777 dias-multa, fixado o valor unitário do dia-multa no mínimo legal (um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos), pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.

O valor do dia-multa é o mínimo legal porquanto não há prova da capacidade financeira do acusado.

Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial a reincidência do acusado, a nocividade das drogas, merecendo detido destaque constitucional quanto à sua reprovação e prevenção, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado.

[...]

Consoante precedentes do TJSP (HC 0122573-89.2013.8.26.0000 e HC 0159595-84.2013.8.26.000), o tempo de prisão cautelar não poderá ser considerado para efeito de progressão de regime, ante a necessidade de exame dos requisitos subjetivos. Entendo, ainda, que a pena já cumprida provisoriamente pelo acusado não altera a necessidade de fixação do regime fechado, considerando a gravidade concreta da conduta praticada pelo réu.

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, vez que não satisfeitas as exigências do incisos I, II e III do artigo 44 do Código Penal.

Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, inviável a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 e seguintes do diploma criminal (fls. 282/284).

O Tribunal a quo, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, nestes termos:

Quanto às penas, a base foi fixada em um terço acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes 21 e a natureza e variedade da droga.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade.

No caso, a droga apreendida foi cocaína, em pó e na forma de crack, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, deve ser mantida a pena base fixada, sobretudo considerando-se que um dos antecedentes é específico em tráfico.

Na segunda fase, o réu é reincidente por furto 25 , razão pela qual foi aumentada a pena em 1/6.

Na terceira fase, a reincidência impede a aplicação do redutor por ausência de requisito legal.

O regime fechado impõe-se. No caso, a natureza da droga apreendida (cocaína, em pó e na forma de crack) também indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, ostenta antecedente específico e é reincidente o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA 26 , para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que “una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti ('para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos)’”.

Tanto pela pena aplicada, como pela maior culpabilidade do réu, inviável a concessão de substituição de penas.

A Lei nº 12.736/12 incluiu o artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal para permitir que o juiz quando da sentença desconte o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou internação no total de pena imposta, o que se dá unicamente para fins de fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Ocorre que referida alteração apenas tem razão de ser quando o regime é fixado unicamente com base no quantum da pena imposta sem a influência de qualquer circunstância como as do artigo 59 do Código Penal ou a reincidência.

Ainda que se entenda que o tempo de prisão processual deve ser descontado para a aplicação do artigo 33, §2º, do Código Penal, no caso dos autos o regime foi fixado não em razão do quantum, mas pela maior reprovabilidade, com base no artigo 33, §3º, do Código Penal.

No caso em tela, conforme demonstrado, há circunstâncias a influenciarem no regime e que justificam a manutenção de sua espécie mais gravosa, destarte, não tem relevância a aplicação do dispositivo em estudo.

Em razão do julgamento da apelação, tendo-se como exaurida a jurisdição neste E. Tribunal, de rigor o cabimento da execução provisória do condenado nos termos do julgamento do habeas corpus nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo que assim não fosse, pelos mesmos motivos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificaram o regime, caberia a manutenção da prisão preventiva, dada a existência de seus requisitos, fumus comissi delicti e periculum libertatis (fls. 19/22).

Da leitura, extrai-se, portanto, que o Magistrado sentenciante, na etapa inicial da dosimetria do delito, majorou a pena-base pois considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos maus antecedentes, bem como em razão da natureza das drogas apreendidas, restando aumentada na fração de 1/3, em 6 anos e 8 meses de reclusão. Na segunda fase, elevou-a na fração de 1/6 em razão da reincidência, resultando a reprimenda definitiva em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, pois ausentes causas de aumento de pena.

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Quanto à utilização das condenações anteriores para majorar a pena-base em razão dos maus antecedentes, 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. Embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. MAUS ANTECEDENTES E ARROMBAMENTO. INAPLICABILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. CABIMENTO. SÚMULA 511/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar ao MM. Juiz das Execuções o redimensionamento da pena imposta, com a aplicação do privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal (HC 332.403/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 04/03/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DIFICULDADE DA VÍTIMA EM VOLTAR A TRABALHAR. TENTATIVA DE MUDANÇA DE PROFISSÃO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUMENTO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. ATENUANTE INOMINADA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. 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 o reconhecimento dos maus antecedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 338.967/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 29/02/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. MAIS DE CINCO ANOS. PERÍODO DEPURATIVO. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

- A existência de condenação alcançada pelo quinquênio depurador justifica a pena-base acima do mínimo legal pela circunstância judicial dos antecedentes criminais.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 560.738/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 16/02/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE CONFIGURADA. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44, INCISOS II E III, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir a pena do paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação (HC 329.207/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 09/12/2015).

Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias aumentaram a pena do paciente na primeira e na segunda fase considerando os maus antecedentes e a reincidência, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

Noutro ponto, busca-se o afastamento dos maus antecedentes e da reincidência do paciente, ao argumento de que a folha de antecedentes não seria meio idôneo para essa constatação.

Todavia, não há flagrante ilegalidade na decisão do Tribunal *a quo*, pois, "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, motivo pelo qual não há que se falar em constrangimento ilegal na aferição negativa desse elemento" (HC 396.780/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/08/2017).

A corroborar esse posicionamento:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. IDONEIDADE PARA COMPROVAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCENTÊNCIA DO RÉU. VALORAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

UM DOS TÍTULOS CONDENATÓRIOS TRANSITADOS EM JULGADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS DESATENDIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É assente a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Dje 18/4/2013). 4. Da análise da folha de antecedentes acostada aos autos da impetração, depreende-se que o réu ostentava pelo menos duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos apurados nos autos do processo-crime, o que evidencia a possibilidade de exasperação da pena-base pelos maus antecedentes e, ainda, o reconhecimento de sua reincidência.

[...]

9. Writ não conhecido (HC 381.903/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2017).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. COMPROVAÇÃO DE REINCIDÊNCIA. REVALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. A folha de antecedentes criminais exarada pelo Departamento de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (e-STJ fls. 556/566 - Apenso 1) é documento hábil para comprovar a existência de maus antecedentes e a reincidência, considerando as informações necessárias contidas para esses fins, tais como número da ação penal, tipo de crime, data da condenação, quantidade de pena imposta e trânsito em julgado da sentença condenatória.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 489.104/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2016).

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas nem integre organização criminosa.

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido destacou que o apelante, além de possuir maus antecedentes, também ostenta a condição de reincidente, o que afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE DE EXAME. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando a exasperação da pena-base.

4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que o paciente é portador de maus antecedentes, de rigor a não aplicação da benesse.

5. O regime prisional e a substituição da pena não foram objeto de debate pelo Tribunal a quo, de forma que sua análise por esta Corte Superior implicaria supressão de instância.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 379.747/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/02/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE. INAPLICABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de 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.

II - Inviável a incidência da minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, bem como os maus antecedentes do paciente, impedem a concessão do benefício, não havendo, ademais, qualquer ilegalidade em razão da fixação do regime fechado (precedentes).

III - O quantum da pena e a presença de circunstâncias desfavoráveis impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela ausência de preenchimento os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 366.163/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/11/2016).

Da mesma forma, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese, quais sejam, os maus antecedentes e a natureza das drogas apreendidas, tendo sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33) e, ainda, a Corte estadual ressaltou a condição de reincidente do paciente para manter o regime fechado.

Assim sendo, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido (HC 321.684/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGOS 33, §2º E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso concreto, as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.434/2006 ao fundamento de que a paciente se dedicaria à atividades criminosas. Rever tal entendimento exigiria dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do habeas corpus.

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), à paciente, condenada à pena inferior a 8 (oito) anos, primária, ostentando condições judiciais desfavoráveis, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar anteriormente deferida (HC 340.833/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Nesse contexto, não verifico, no caso dos autos, a existência de nenhum constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer da presente impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0204226-0

HC 412.585 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004547020158260578 20170000557100 4547020158260578

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ARAI DE MENDONCA BRAZAO
ADVOGADO : ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO - SP197602
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO RODRIGO DOS SANTOS VELOZO

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.