



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.928 - SP (2016/0111195-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTSON DA FONSECA GOMES

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, salvo situações excepcionais, 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.
3. É de se manter o entendimento pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o prazo depurador, as condenações anteriores podem ser consideradas como maus antecedentes.
4. Lastreadas nos antecedentes criminais e na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, as instâncias de origem concluíram que o paciente se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual negaram, acertadamente, a redução da pena pela aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, porquanto não preenchidos os requisitos legais para tanto.
5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 1º de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.928 - SP (2016/0111195-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTSON DA FONSECA GOMES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ROBERTSON DA FONSECA GOMES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0037600-17.2014.8.26.0050).

Segundo os autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses, em regime inicial fechado, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, pela prática descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, podendo se extrair da sentença, o seguinte no que interessa (fls. 39/46):

(...)

Em primeiro plano inexistem nulidades a ser sanadas eis que o feito foi bem processado e observados os imperativos constitucionais da ampla defesa e do contraditório. É de rigor a condenação eis que os testemunhos dos policiais responsáveis pela prisão do réu foram coesos e seguros. Fernando e Fábio patrulhavam rotineiramente quando avistaram o acusado na calçada num local conhecido como ponto de venda de entorpecentes. O réu, tendo percebido a presença da polícia, abaixou-se dispensando num buraco existente na calçada um porta celular onde havia porções de "maconha" e "crack", bem como R\$ 97,00 (noventa e sete reais) em notas trocadas. O réu confirmou que ali estava traficando drogas havia dois dias. Além disso, na mesma calçada no local onde foi o acusado inicialmente avistado pelos policiais, foi encontrado um maço de cigarros contendo quatorze porções de cocaína. O réu, que é pessoa experimentada na vida do crime consoante demonstra sua folha de antecedentes e que se declarou usuário de "crack" há longos dezoito anos, aduziu versão isolada e fantasiosa no sentido de que foi ao local comprar drogas para seu consumo, mas ainda não o havia feito quando foi abordado e preso. Por derradeiro é inaceitável a tese que vise desconstituir a legitimidade das oitivas das testemunhas única e exclusivamente por serem policiais. Ademais, se assim não se pode alegar nem mesmo quanto às testemunhas civis muito menos seria admissível no caso da polícia, que ainda é a instituição responsável por preservar a ordem pública. Desta maneira, argumentos que visem denegrir a imagem dos policiais deveriam, para ter validade, vir acompanhados de mínimos indícios aptos a afastar a qualidade de seus depoimentos, o que aqui não se vislumbra. Assim sendo comprovadas autoria e materialidade delitivas, esta que se depreende do laudo de exame químico toxicológico. **Com base nas diretrizes do art.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59, do CP fixo a pena-base em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal. Nesta fase as penas restaram arbitradas além do menor patamar abstratamente previsto por conta da personalidade delinqüente e deturpada do apenado, que além de ter sido no passado condenado por fatos graves é consumidor de "crack" há dezoito anos. É inviável, pois, pela mesma razão que justificou a exasperação das penas na primeira fase da dosimetria, a pretendida aplicação do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, já que inegável o envolvimento do apenado com atividade criminosa posto que consumidor de drogas de longa data como já se disse. PENA FINAL: 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal. O regime inicial de cumprimento da pena é o fechado consoante prevê a alínea "a", do §2º, do art. 33, do CP, com autorização do §3º do mesmo dispositivo pelas mesmas razões que determinaram a exasperação das penas na primeira fase da dosimetria, bem como pelas nefastas consequências do delito cuja prática é aqui punida, que na atualidade é causa de desassossego de toda a sociedade. Indefiro o direito ao apelo em liberdade pelos mesmos fundamentos.

(...)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, em acórdão assim fundamentado (fls. 70/71):

(...)

A dosimetria da pena não comporta reparo.

A pena-base foi correta e fundamentadamente fixada pouco acima do mínimo legal.

A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis foi bem exposta no *decisum* e a pena-base, diante das peculiaridades do caso e da personalidade desvirtuada do apelante, sofreu pequeno aumento, de 6 meses; dentro, pois, de critérios jurisprudencialmente aceitos.

O magistrado, diante do disposto no artigo 42 da Lei de Drogas e no artigo 59 do Código Penal, de olho nas provas produzidas, nas circunstâncias e consequências do episódio e nos demais elementos cognitivos colhidos, estabelecerá adequando os "binômios" necessidade/suficiência e reprovação/prevenção - a pena-base.

E Robertson é portador de maus antecedentes criminais, peia prática de crimes patrimoniais, um deles grave.

É certo, o tema "antecedentes e condenações antigas" é polêmico.

Decidira, no ano de 2005, o C. STJ (HC 45.526, j. 20.10.2005), que condenações atingidas pelo período depurador do artigo 64, inciso I, do CP, não serviriam para propiciar a elevação da pena.

Não obstante, atualmente, está pacificado no Tribunal da Cidadania que, mesmo que ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, a condenação anterior transitada em julgado pode ser considerada a título de maus antecedentes criminais.

As condenações atingidas pelo período depurador supramencionado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria da pena, a saber:

(...)

Entretanto, o tema, afetado pela sistemática da repercussão geral, será definido pelo Pleno do Pretório Excelso, oportunamente (em 26/06/2013, substituição do Relator, art. 38 do RISTF, Min. Roberto Barroso):

(...)

Nesse contexto, considera-se que a adoção dos maus antecedentes não ofende os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e do *ne bis in idem*.

Assim, data vênia, não há obstáculo a que sejam considerados os maus antecedentes do apelante, tendo em vista o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal.

Na segunda fase dosimétrica, a reprimenda não sofreu alteração.

E o benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, não foi, também - corretamente -, concedido; o apelante é portador de maus antecedentes criminais.

A uma: os maus antecedentes constituem óbice intransponível à concessão do benefício em questão sem vício algum, nem mesmo constitucional sem ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e do *ne bis in idem*.

Cuida-se de opção legítima do legislador disciplinar a proporção da redução existente no tipo em questão - e a sua não concessão, em razão da reincidência e da inexistência de bons antecedentes. Assim o fez em defesa de maior segurança. O tráfico de drogas, conforme já registrado, deve ser impedido com rigor extremo a fim de se o expurgar em definitivo do nosso meio.

Não há óbice, pois, eliminadas máculas a princípios constitucionais, a que sejam, os maus antecedentes ou a reincidência, também adotados para a não concessão do benefício - concedido a critério do julgador, atento às circunstâncias do caso da redução prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, última etapa da dosimetria (Precedente do C. STJ, HC 268103/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 27/02/2014).

A duas: está evidenciado nos autos que o apelante, portador de personalidade desvirtuada, se dedicava a atividade criminosa do comércio espúrio, haja vista a quantidade de porções e a natureza das drogas apreendidas e as circunstâncias em que se deram os fatos.

A fixação do regime inicial fechado mostrou-se adequada - sem vício de qualquer ordem, nem mesmo constitucional - ante a gravidade concreta do delito perpetrado, certas a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de porções de drogas apreendidas, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de vários clientes (Precedente: HC 257327/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013).

E Robertson é portador de maus antecedentes criminais.

Diante do exposto, nega-se provimento ao apelo defensivo, ficando mantida, por seus fundamentos, a r. decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrida.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta, em suma: a) redução da pena-base; b) aplicabilidade do redutor do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06; e c) alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Alega que uma condenação cumprida há mais de 5 (cinco) anos não pode perpetuar no tempo para prejudicar o acusado e agravar sua pena, seja a título de reincidência, seja para maus antecedentes, devendo a pena-base do paciente ser fixada em patamar mínimo.

Pondera que o paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, a uma porque os maus antecedentes devem ser desconsiderados por força do decurso do quinquênio depurador; e, a duas porque a quantidade ou a variedade de entorpecentes não estão previstas como requisitos para aplicação ou não da minorante.

Aduz que o paciente faz jus ao regime inicial menos gravoso. No ponto, destaca que o STF julgou inconstitucional a previsão do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90. Ainda, diz que não há motivação idônea a amparar o estabelecimento do regime inicial fechado, violando-se o teor das súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ

Requer, liminarmente e no mérito, seja aplicado o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, bem como promovida a alteração do regime prisional, estabelecendo o regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou, subsidiariamente, seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Liminar indeferida às fls. 93/96.

Informações prestadas às fls. 105/125, 129/155 e 158/194.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins (fl. 195), o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.928 - SP (2016/0111195-1)

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, salvo situações excepcionais, 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.
3. É de se manter o entendimento pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o prazo depurador, as condenações anteriores podem ser consideradas como maus antecedentes.
4. Lastreadas nos antecedentes criminais e na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, as instâncias de origem concluíram que o paciente se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual negaram, acertadamente, a redução da pena pela aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, porquanto não preenchidos os requisitos legais para tanto.
5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Eis o teor do édito condenatório de primeiro grau (fls. 39/46):

(...)

Em primeiro plano inexistem nulidades a ser sanadas eis que o feito foi bem processado e observados os imperativos constitucionais da ampla defesa e do contraditório. É de rigor a condenação eis que os testemunhos dos policiais responsáveis pela prisão do réu foram coesos e seguros. Fernando e Fábio patrulhavam rotineiramente quando avistaram o acusado na calçada num local conhecido como ponto de venda de entorpecentes. O réu, tendo percebido a presença da polícia, abaixou-se dispensando num buraco existente na calçada um porta celular onde havia porções de "maconha" e "crack", bem como R\$ 97,00 (noventa e sete reais) em notas trocadas. O réu confirmou que ali estava traficando drogas havia dois dias. Além disso, na mesma calçada no local onde foi o acusado inicialmente avistado pelos policiais, foi encontrado um maço de cigarros contendo quatorze porções de cocaína. O réu, que é pessoa experimentada na vida do crime consoante demonstra sua folha de antecedentes e que se declarou usuário de "crack" há longos dezoito anos, aduziu versão isolada e fantasiosa no sentido de que foi ao local comprar drogas para seu consumo, mas ainda não o havia feito quando foi abordado e preso. Por derradeiro é inaceitável a tese que vise desconstituir a legitimidade das oitivas das testemunhas única e exclusivamente por serem policiais. Ademais, se assim não se pode alegar nem mesmo quanto às testemunhas civis muito menos seria admissível no caso da polícia, que ainda é a instituição responsável por preservar a ordem pública. Desta maneira, argumentos que visem denegrir a imagem dos policiais deveriam, para ter validade, vir acompanhados de mínimos indícios aptos a afastar a qualidade de seus depoimentos, o que aqui não se vislumbra. Assim sendo comprovadas autoria e materialidade delitivas, esta que se depreende do laudo de exame químico toxicológico. **Com base nas diretrizes do art. 59, do CP fixo a pena-base em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal. Nesta fase as penas restaram arbitradas além do menor patamar abstratamente previsto por conta da personalidade delinqüente e deturpada do apenado, que além de ter sido no passado condenado por fatos graves é consumidor de "crack" há dezoito anos. É inviável, pois, pela mesma razão que justificou a exasperação das penas na primeira fase da dosimetria, a pretendida aplicação do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, já que inegável o envolvimento do apenado com atividade criminosa posto que consumidor de drogas de longa data como já se disse. PENA FINAL: 5 (cinco) anos, 6 (seis)**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal. **O regime inicial de cumprimento da pena é o fechado consoante prevê a alínea "a", do §2º, do art. 33, do CP, com autorização do §3º do mesmo dispositivo pelas mesmas razões que determinaram a exasperação das penas na primeira fase da dosimetria, bem como pelas nefastas consequências do delito cuja prática é aqui punida, que na atualidade é causa de desassossego de toda a sociedade.** Indefiro o direito ao apelo em liberdade pelos mesmos fundamentos.

(...)

Colhe-se do aresto impugnado (fls. 70/71):

(...)

A dosimetria da pena não comporta reparo.

A pena-base foi correta e fundamentadamente fixada pouco acima do mínimo legal.

A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis foi bem exposta no *decisum* e a pena-base, diante das peculiaridades do caso e da personalidade desvirtuada do apelante, sofreu pequeno aumento, de 6 meses; dentro, pois, de critérios jurisprudencialmente aceitos.

O magistrado, diante do disposto no artigo 42 da Lei de Drogas e no artigo 59 do Código Penal, de olho nas provas produzidas, nas circunstâncias e consequências do episódio e nos demais elementos cognitivos colhidos, estabelecerá adequando os "binômios" necessidade/suficiência e reprovação/prevenção - a pena-base.

E Robertson é portador de maus antecedentes criminais, pela prática de crimes patrimoniais, um deles grave.

É certo, o tema "antecedentes e condenações antigas" é polêmico.

Decidira, no ano de 2005, o C. STJ (HC 45.526, j. 20.10.2005), que condenações atingidas pelo período depurador do artigo 64, inciso I, do CP, não serviriam para propiciar a elevação da pena.

Não obstante, atualmente, está pacificado no Tribunal da Cidadania que, mesmo que ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, a condenação anterior transitada em julgado pode ser considerada a título de maus antecedentes criminais.

As condenações atingidas pelo período depurador supramencionado podem autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria da pena, a saber:

(...)

Entretanto, o tema, afetado pela sistemática da repercussão geral, será definido pelo Pleno do Pretório Excelso, oportunamente (em 26/06/2013, substituição do Relator, art. 38 do RISTF, Min. Roberto Barroso):

(...)

Nesse contexto, considera-se que a adoção dos maus antecedentes não ofende os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e do *ne bis in idem*.

Assim, data vênia, não há obstáculo a que sejam considerados os maus antecedentes do apelante, tendo em vista o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda fase dosimétrica, a reprimenda não sofreu alteração.

E o benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, não foi, também - corretamente -, concedido; o apelante é portador de maus antecedentes criminais.

A uma: os maus antecedentes constituem óbice intransponível à concessão do benefício em questão sem vício algum, nem mesmo constitucional sem ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e do *ne bis in idem*.

Cuida-se de opção legítima do legislador disciplinar a proporção da redução existente no tipo em questão- e a sua não concessão, em razão da reincidência e da inexistência de bons antecedentes. Assim o fez em defesa de maior segurança. O tráfico de drogas, conforme já registrado, deve ser impedido com rigor extremo a fim de se o expurgar em definitivo do nosso meio.

Não há óbice, pois, eliminadas máculas a princípios constitucionais, a que sejam, os maus antecedentes ou a reincidência, também adotados para a não concessão do benefício - concedido a critério do julgador, atento às circunstâncias do caso da redução prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, última etapa da dosimetria (Precedente do C. STJ, HC 268103/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 27/02/2014).

A duas: está evidenciado nos autos que o apelante, portador de personalidade desvirtuada, se dedicava a atividade criminosa do comércio espúrio, haja vista a quantidade de porções e a natureza das drogas apreendidas e as circunstâncias em que se deram os fatos.

A fixação do regime inicial fechado mostrou-se adequada - sem vício de qualquer ordem, nem mesmo constitucional - ante a gravidade concreta do delito perpetrado, certas a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de porções de drogas apreendidas, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de vários clientes (Precedente: HC 257327/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013).

E Robertson é portador de maus antecedentes criminais.

Diante do exposto, nega-se provimento ao apelo defensivo, ficando mantida, por seus fundamentos, a r. decisão recorrida.

No tocante à impossibilidade de utilização de condenações abrangidas pelo período depurador a título de maus antecedentes, a pretensão autoral não merece guarida.

É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, salvo situações excepcionais, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, colhem-se reiterados e recentes precedentes das duas Turmas com competência de matéria penal, dos quais extraio os seguintes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RESISTÊNCIA E DESACATO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- **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.**

(...)

(HC 352.654/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 12/05/2016)

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.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes.

(...)

(HC 338.967/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAJORAÇÃO NO TRIBUNAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR PARA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SEIS MESES. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

2. A redução da pena em seis meses, em razão da atenuante de confissão espontânea, resultou de uma valoração feita pelo julgador; ademais, a quantidade de seis meses encontra-se dentro da razoabilidade, sendo desnecessária a intervenção desta Corte a respeito.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 508.791/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA RECUSA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

(...)

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 05 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o que ocorreu na espécie.

IV - A defesa não fez juntar cópia do decreto originário de prisão preventiva, peça indispensável para a verificação da idoneidade da motivação da manutenção da segregação cautelar, de maneira que não é possível conhecer do recurso nessa parte, por deficiência de instrução (cf. RHC n. 55.604/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 27/11/2015).

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar.

(RHC 66.436/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 06/05/2016)

Vale acrescentar, outrossim, que embora não se desconheça a existência de decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal no sentido de que 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 e tampouco para respaldar a valoração negativa dos antecedentes, é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de Recurso Extraordinário afetado para julgamento pelo Plenário sob a sistemática da repercussão geral (RE 593.818).

Nessa toada, considerando que o ordenamento jurídico pátrio adota quanto aos maus antecedentes o sistema da perpetuidade, e não da temporariedade, como no caso da reincidência, mantenho o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o referido lapso temporal, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. NÃO CABIMENTO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. (3) PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 119.200/PR (julgado em 11.2.2014, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal.

3. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecida a reprimenda em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que pena-base foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixada acima do mínimo legal, diante de circunstância judicial desfavorável.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.022/SP, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)

Noutro giro, lastreadas pelos maus antecedentes criminais do apenado, bem como pela natureza e quantidade da droga encontrada em poder do paciente, 18,5 g de maconha, 1,2 g de crack e 8,9 g de cocaína-, as instâncias de origem, acertadamente, negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

De pronto, a existência de maus antecedentes, por si só, já seria suficiente a justificar a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. A esse propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.

3. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

4. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo, não parecendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 19,44 g de cocaína e 171,92 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), bem como a existência e maus antecedentes. 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 penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

5. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 296.899/SP, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 30/10/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES.

1. Se a primeira condenação imposta ao Paciente transitou em julgado em 10 de setembro de 2007, não lhe poderia ser aplicada a agravante da reincidência no caso concreto, no qual a prática delitiva ocorreu em 12 de abril de 2007.

2. Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para afastar a agravante da reincidência e redimensionar as penas para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias.

(HC 167.602/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL.

1. Embora não possa caracterizar reincidência - a teor do que disciplina o art. 64, I, do Código Penal -, condenação definitiva com lapso temporal superior a 5 (cinco) anos se presta para a depreciação dos antecedentes. Precedentes.

2. Os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, são: ser o réu primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, tampouco integrar organização desse gênero.

3. Reconhecida a existência de maus antecedentes, afastada está a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da referida minorante.

4. Embora a pena corporal não alcance 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a manutenção do regime prisional fechado.

5. Diante das mesmas balizas, não se mostra recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada.

(HC 178.019/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 14/03/2011)

Ademais, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que, com arrimo nos antecedentes criminais, bem como na natureza e quantidade da droga apreendida - 18,5 g de maconha, 1,2 g de *crack*, e 8,9 gramas de cocaína -, **as instâncias de origem concluíram que o paciente praticava o tráfico de entorpecentes com habitualidade, dedicando-se às atividades criminosas**, asserção a qual não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.
INVIABILIDADE. (...)

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

No que atine ao regime inicial de cumprimento de pena, a condenação também não merece reforma. As instâncias de origem, ao analisarem o tema, mantiveram o regime inicial fechado considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber, os maus antecedentes, bem como as circunstâncias do caso concreto, tendo por base, a natureza e a razoável quantidade da substância entorpecente apreendida - 18,5 g de maconha,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1,2 g de *crack*, e 8,9 gramas de cocaína.

É este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ARGUMENTOS ABSTRATOS E INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTES RELATIVAS À TRANSNACIONALIDADE E À INTERESTADUALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA. INEXISTÊNCIA DA INTENÇÃO DE PULVERIZAR A DROGA EM MAIS DE UM ESTADO. BIS IN IDEM CONFIGURADO. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas (57,967 kg de cocaína) autorizam a exasperação da pena-base, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O fato de o paciente haver escondido a droga dentro do tanque de combustível do automóvel torna mais difícil sua descoberta por parte dos agentes policiais e evidencia uma conduta mais ardilosa, elaborada e, até mesmo, perigosa, haja vista o risco de explosão decorrente do contato dessa substância com produtos inflamáveis, de modo que justifica o aumento da pena-base, a título de circunstância desfavorável do delito.

3. A alegação de que "a introdução de entorpecentes no país potencializa a violência decorrente do tráfico ilícito de drogas, além de colocar em risco a saúde pública" não autoriza a conclusão pela desfavorabilidade das consequências do crime, porque é genérica e inerente ao próprio tipo penal.

4. As causas especiais de aumento da pena relativas à transnacionalidade e à interestadualidade do delito, previstas, respectivamente, nos incisos I e V do art. 40 da Lei de Drogas, podem ser aplicadas simultaneamente, desde que demonstrada a intenção do acusado que importou a substância em pulverizar a droga em mais de um estado do território nacional, o que não ocorreu na espécie.

5. Ainda que reduzida em parte a pena-base aplicada ao paciente e não obstante afastada a majorante relativa à interestadualidade do delito, deve ser mantida a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista as particularidades do caso concreto, notadamente o fato de haver três circunstâncias judiciais desfavoráveis - entre as quais a natureza (cocaína) e a elevada quantidade de drogas (57,967 kg), apreendidas em contexto de tráfico transnacional.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, nos termos do voto do Relator.

(HC 214.942/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MULA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E A QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. LEGALIDADE.

1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base em 1 ano e 4 meses, considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida - 3.761g de cocaína -, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. O Tribunal de origem, ao aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6, já beneficiou a recorrente considerando que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ("mula"), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Dessa forma, infere-se que a Corte local aplicou a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 no cômputo da pena, não obstante tenha reconhecido que a recorrido exerceu a função de "mula", devendo ser mantida tal fração em razão da impossibilidade da reformatio in pejus.

5. Quanto ao regime prisional, esta Corte Superior admite que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 3.761g de cocaína, a manutenção do regime fechado é o adequado à prevenção e reparação do delito.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE APLICAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1462967/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

Não é possível, ademais, a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

(HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

Tem-se, portanto, que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0111195-1

HC 354.928 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00376001720148260050 20160000156676 37600172014 376001720148260050 7522014

EM MESA

JULGADO: 01/09/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROBERTSON DA FONSECA GOMES

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.