



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.627 - RJ (2017/0182312-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JUAREZ SOARES DE OLIVEIRA

EMENTA

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

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

2. É firme no Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial no sentido de que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos previstos no art. 64, inciso I, do Código Penal, constituem fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa dos antecedentes criminais.

No caso dos autos, verifica-se que há diversas condenações com trânsito em julgado, inclusive duas por tráfico de drogas, que foram alcançadas pelo período depurador de 5 anos, sendo corretamente utilizadas, neste tópico, pelas instâncias ordinárias para exasperar a pena-base.

3. Por outro lado, nota-se que a condenação utilizada pelo Tribunal de origem (Processo n. 165881-03.1995.8.19.0001) para majorar a pena na segunda fase da dosimetria, também já foi alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastando, portanto, os efeitos da reincidência, devendo a pena de ambos os delitos ser redimensionada, reduzida em 1/6.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante de reincidência do delito de tráfico de drogas e do delito de associação para o tráfico, redimensionando a pena total do paciente para 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 1.300 (um mil e trezentos) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.627 - RJ (2017/0182312-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JUAREZ SOARES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de JUAREZ SOARES DE OLIVEIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferido na Apelação n. 0045281-46.2015.8.19.0002.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), à pena de 8 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 1.220 (um mil duzentos e vinte) dias-multa.

Ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso do *Parquet* estadual para majorar as penas relativas aos crimes de tráfico ilícito de drogas e de associação para o tráfico no total de 11 anos e 2 meses e 12 dias de reclusão, bem como 1.540 (um mil quinhentos e quarenta) dias-multa, mantendo-se as demais cominações da sentença, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DELITOS DESCRITOS NOS ARTIGOS 33, CAPUT E 35, AMBOS DA LEI Nº. 11.343/2006, ÀS PENAS DE 08 (OITO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO, E 1.220 (UM MIL DUZENTOS E VINTE) DIAS-MULTA NO VALOR MÍNIMO LEGAL. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BUSCANDO O AUMENTO DA PENA-BASE DE AMBOS OS DELITOS E O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APELO DA DEFESA BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO DO RÉU DE AMBOS OS CRIMES POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL, A REDUÇÃO DA PENA DE MULTA IMPOSTA E A ADEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL IMPOSTO. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL E DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO. INCABÍVEL A ABSOLVIÇÃO QUANTO AOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO E SUFICIENTE PARA EMBASAR O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECRETO DE CENSURA ESTAMPADO NA SENTENÇA. EXTRAÍ-SE DAS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS QUE O RÉU ENCONTRAVA-SE NO INTERIOR DE UMA RESIDÊNCIA EM LOCAL DOMINADO POR FACÇÃO CRIMINOSA NA POSSE DE 791G (SETECENTOS E NOVENTA E UM GRAMAS) DE MACONHA ACONDICIONADA EM 81 UNIDADES E 6G(SEIS GRAMAS) DE CRACK DISTRIBUÍDOS EM 37 (TRINTA E SETE) SACOS PLÁSTICOS. VERSÃO DEFENSIVA QUE NÃO ENCONTRA GUARIDA NA PROVA DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 70 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROVA SUFICIENTE DO VÍNCULO ASSOCIATIVO DO RÉU COM O TRÁFICO LOCAL, REVELADA PELA PALAVRA DOS POLICIAIS E PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, EIS QUE IMPOSSÍVEL O RÉU ESTAR COMERCIALIZANDO DROGAS, DE FORMA AUTÔNOMA, DENTRO DE COMUNIDADE DOMINADA POR FACÇÃO CRIMINOSA. ALÉM DISSO, COM O ACUSADO FOI APREENDIDO UM RÁDIOTRANSMISSOR, QUE É COMUMENTE UTILIZADO PELOS INTEGRANTES DO TRÁFICO PARA ANUNCIAR A CHEGADA E O DESLOCAMENTO DE POLICIAIS NA LOCALIDADE, E COM ISSO GARANTIR O ÊXITO DO COMÉRCIO ILEGAL DE DROGAS. DEFESA QUE NÃO PRODUZIU QUALQUER PROVA CAPAZ DE ABALAR A VERSÃO DA ACUSAÇÃO. POR TAIS RAZÕES, IMPÕE-SE A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE DE AMBOS OS CRIMES QUE MERECE PROSPERAR. A EXPRESSIVA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICAM O INCREMENTO DA PENA BASE, À LUZ DO QUE DISPÕE O ARTIGO 42, DA LEI Nº. 11.343/2006. DO MESMO MODO, MERECE ACOLHIMENTO O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA NA FASE INTERMEDIÁRIA DA PENA PARA AMBOS OS DELITOS. POR FIM, ATENTO ÀS DIRETRIZES DO ARTIGO 33, §3º, DO CÓDIGO PENAL, MANTÉM-SE O REGIME FECHADO, CONSIDERANDO A QUANTIDADE DE PENA APLICADA E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS CITADAS. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO E MINISTERIAL PROVIDO, PARA ACOMODAR ÀS PENAS DOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM 11 (ONZE) ANOS, 02 (DOIS) MESES, 12 (DOZE) DIAS DE RECLUSÃO E 1.540 (UM MIL QUINHENTOS E QUARENTA) DIAS-MULTA, MANTENDO-SE AS DEMAIS COMINAÇÕES DA SENTENÇA (fls. 12/15).

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante alega que condenações com mais de 5 anos não podem ser utilizadas como maus antecedentes. Afirma também que deve ser afastada a agravante da reincidência, pois o paciente é tecnicamente primário e o processo indicado pela Corte estadual teve a condenação extinta há mais de 30 anos. Dessa forma, afirma que o paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no § 4º da Lei de Drogas no patamar máximo.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a revisão da dosimetria da pena, com o afastamento da negatificação dos maus antecedentes, bem como da reincidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e aplicação da causa redutora de pena.

Sem pedido liminar, o Ministério Público Federal, às fls. 81/88, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

As informações foram devidamente prestadas às fls. 95/113 e 115/123.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.627 - RJ (2017/0182312-0)

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, com o afastamento da negativação dos maus antecedentes, da reincidência e a aplicação da minorante prevista no § 4º da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3).

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 8 anos e 8 meses de reclusão.

DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI

11.343/06:

1ª FASE: considerando as circunstâncias previstas no artigo 42, da Lei nº 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal, verifico que o acusado é tecnicamente primário, porém possui maus antecedentes (anotação 10 de 11). Não disponho de elementos seguros que permitam afirmar negativamente sua personalidade ou conduta social. Os motivos do crime em exame e suas conseqüências não concorrem para o recrudescimento da sanção. Não há que se falar em comportamento da vítima, já que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública. Assim sendo, tendo atuado com a culpabilidade normal do tipo, justificando que a pena base se afaste um pouco do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa.

2ª FASE: não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar, pelo que, acomodo a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa.

3ª FASE: não existem causas de aumento de pena a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerar. **Afasto a causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, tendo em vista que o acusado não é aquele traficante episódico e ocasional que a lei quis beneficiar, o que se deduz pelas circunstâncias do crime. Ademais, a condição de ser pontual se contrapõe ao vínculo associativo estável que caracteriza o crime do artigo 35 da referida lei. Frise-se que a norma veda a aplicação ao agente que participa de organização criminosa, o que demonstra sua incompatibilidade com o crime de associação, pelo que, diante de outros modulares a considerar, torno definitiva a pena em 05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa.**

DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 35. DA LEI 11.343/06:

1ª FASE: considerando as circunstâncias previstas no artigo 42, da Lei ns 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal, **verifico que o acusado é tecnicamente primário, porém possui Maus antecedentes.** Não disponho de elementos seguros que me permitam afirmar negativamente sua personalidade ou conduta social! Os motivos do crime em exame e suas conseqüências não concorrem para o recrudescimento da sanção. Não há que se falar em comportamento da vítima, já que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública. **Assim sendo, tendo atuado com a culpabilidade normal do tipo, nada justifica que a pena base se afaste do mínimo legal, ou seja, 03 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 710 (setecentos e dez) dias-multa.**

2ª FASE: não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar, pelo que, acomodo a pena intermediária em 03 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 710 (setecentos e dez) dias-multa.

3ª FASE: não vislumbro causas de aumento ou diminuição a considerar, razão pela qual, torno definitiva a pena em 03 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 710 (setecentos e dez) dias-multa.

SOMATÓRIO DAS PENAS

Tendo em consideração que os crimes foram praticados em concurso material, com base no art. 69 do Código Penal, oporo o somatório global das penas, chegando ao patamar final de **08 (OITO) ANOS e 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 1.220 (HUM MIL E DUZENTOS E VINTE) DIAS-MULTA.**

Ante a ausência de informações seguras quanto à condição econômica do réu, fixo o valor do dia-multa no percentual mínimo de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato,

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ultrapassado o limite de 4 (quatro) anos, previsto no artigo 44 do Código Penal.

Fixo o regime fechado para o cumprimento da pena por preencher os requisitos do artigo 33, § 2º, "a" e §3º, do Código Penal, considerando que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, ainda que relevado o tempo de prisão cautelar até o presente momento, em observância ao disposto no § 2º do artigo 387, CPP (fls. 69/71).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte estadual, por sua vez, majorou a pena pela prática dos delitos de tráfico e associação para o tráfico para 11 anos e 2 meses e 12 dias de reclusão, sob os seguintes fundamentos:

O pleito ministerial de exasperação da pena base quanto aos delitos de tráfico de drogas e associação merece prosperar.

À luz do que dispõe o artigo 42, da Lei nº. 11.343/2006 deve-se considerar quando da fixação da pena base, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade de substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

[...]

No caso dos autos, a expressiva quantidade e a diversidade de drogas apreendidas, 791g (setecentos e noventa e um gramas) de maconha e mais 6,0g (seis gramas) de crack, justificam o incremento da pena base. Além disso, verifica-se que na Folha de Antecedentes Criminais do acusado consta diversas anotações criminais com trânsito em julgado o que se revela suficiente para o incremento da pena, razão pela qual fixa-se em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, considerando a incidência da agravante da reincidência, processo nº 165881-03.1995.8.19.0001, aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) acomodando a pena intermediária em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no valor mínimo legal, a qual torno definitiva, ante a ausência de causas de aumento e diminuição de pena.

Passo à análise da dosimetria do crime de associação para o tráfico.

No caso dos autos, a expressiva quantidade e a diversidade de drogas apreendidas, 791g (setecentos e noventa e um gramas) de maconha e mais 6,0g (seis gramas) de crack, justificam o incremento da pena base, razão pela qual fixa-se em 03 (três) anos de reclusão, 07 (sete) meses, 06(seis) dias e 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, considerando a incidência da agravante da reincidência, processo nº 165881-03.1995.8.19.0001, aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) acomodando a pena intermediária em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 980 (novecentos e oitenta) dias-multa, no valor mínimo legal, a qual torno definitiva, ante a ausência de causas de aumento e diminuição de pena.

Considerando que os crimes foram praticados em concurso material, com base no artigo 69 do Código Penal, soma-se as penas chegando-se ao patamar final de 11(onze) anos, 02(dois) meses, 12(doze) dias e 1.540 (um mil quinhentos e quarenta) dias-multa à razão unitária mínima (fls. 23/26).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura, extrai-se, portanto, que a Corte estadual, na etapa inicial da dosimetria do delito de tráfico, majorou a pena-base pois considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos maus antecedentes, bem como em razão da expressiva quantidade e a diversidade de drogas apreendidas (791g de maconha e mais 6g de crack), restando fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multas. Na segunda fase de dosimetria da pena, elevou-a na fração de 1/6 em razão da reincidência, que restou fixada em 7 anos de reclusão e 700 dias-multas. Na terceira fase, não aplicou a causa redutora de pena em razão do paciente ter sido condenado também por associação para o tráfico.

Quanto ao delito de associação para o tráfico, a pena-base restou majorada, em razão da expressiva quantidade e a diversidade de drogas apreendidas, restando fixada em 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 840 dias-multas. Na segunda fase de dosimetria da pena, elevou-a na fração de 1/6 em razão da reincidência, que restou fixada em 4 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e 980 dias-multa, tornando-a definitiva, ante a ausência de causas de aumento e diminuição de pena.

As penas foram somadas, pois os crimes foram praticados em concurso material (art. 69 do Código Penal), somando-se o total de 11 anos, 2 meses e 12 dias e 1.540 (um mil quinhentos e quarenta) dias-multas.

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 primeira controvérsia, no que se refere 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 MARANHO (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. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE CONFIGURADA. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE 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 nas folhas de antecedentes criminais do paciente (fls. 46/60 e 99/113) que há diversas condenações com trânsito em julgado, inclusive duas por tráfico de drogas (fls. 54/55), que foram alcançadas pelo período depurador de 5 anos, sendo corretamente utilizadas pelas instâncias ordinárias para exasperar a pena-base, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

A segunda controvérsia refere-se à reincidência, a qual merece reparo.

Analisando os autos, nota-se que nenhum dos processos alcançam o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prazo previsto no art. 64, inc. I, do Código Penal, o qual dispõe que, para efeito de reincidência, *"não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação"*.

Dessa forma, a condenação citada no acórdão impugnado, Processo n. 165881-03.1995.8.19.0001, já foi finalizada há muitos anos, não podendo configurar para reincidência, devendo a pena de ambos os delitos ser redimensionada, reduzida em 1/6.

Nesse sentido, os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, NATUREZA E MAUS ANTECEDENTES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA MERCANCIA NOS REFERIDOS LOCAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido (HC 359.467/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/8/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, DJe 26/10/2015).

Assim, passo ao **redimensionamento** da pena imposta ao paciente.

Quanto ao delito de tráfico de drogas. Na primeira etapa, fica mantida a pena estabelecida pela Corte estadual, no montante de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. Na segunda fase de dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes mantém-se a pena no mesmo patamar. Na terceira fase, não foi reconhecida a causa redutora de pena, não havendo aumento na reprimenda.

Quanto ao delito de associação para o tráfico, na primeira etapa, fica mantida a pena estabelecida pela Corte estadual, no montante de 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 840 dias-multa. Na segunda fase de dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes mantém-se a pena no mesmo patamar. Na terceira fase, não há causas de aumento e diminuição de pena.

Assim sendo, somadas as penas em razão do concurso material, a reprimenda final resta fixada em **9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 1.300 dias-multa.**

Noutro ponto, 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 paciente, além de possuir condenações anteriores por tráfico de drogas, foi condenado pelo delito de associação para o tráfico, fundamentos que afastam, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. [...] APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

IV - Na espécie, em relação ao crime de tráfico de drogas, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Súmula n. 545/STJ.

V - Na terceira fase, a aplicação da causa de aumento, prevista no art. 40, V e VI, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/2 não está devidamente fundamentada, razão pela qual deve ser reduzida em seu percentual mínimo (1/6).

VI - Na espécie, a não aplicação, pelas instâncias ordinárias, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, está devidamente fundamentada, tendo em vista o paciente ter sido condenado, outrossim, pelo crime de associação para tráfico, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a concessão da benesse. (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar as penas impostas ao paciente, tornando-a definitiva, em razão da regra do art. 69, do Código Penal, em 9 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão (HC 392.163/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/06/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. **"É inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 do mesmo diploma legal, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, especialmente voltada, no caso, para o cometimento do narcotráfico"** (HC 220.231/RJ, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, QUINTA TURMA, DJe 18/4/2016).

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 355.271/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 18/11/2016).

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

además, 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).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para afastar a agravante de reincidência do delito de tráfico de drogas e do delito de associação para o tráfico, redimensionando a pena total do paciente para **9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 1.300 (um mil e trezentos) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0182312-0

HC 409.627 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00452814620158190002 452814620158190002

EM MESA

JULGADO: 08/02/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JUAREZ SOARES DE OLIVEIRA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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