



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 353.444 - SC (2016/0094973-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : VILMAR CARDOSO NICOLAU (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. PERÍODO DEPURADOR (ART. 64, I, CP). CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos, consoante o art. 64, I, do CP, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.
2. Agravo regimental improvido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 353.444 - SC (2016/0094973-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **VILMAR CARDOSO NICOLAU (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
INTERES. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por VILMAR CARDOSO NICOLAU em face de decisão que não conheceu do *habeas corpus*, no qual se pretendia a exclusão dos maus antecedentes, em razão do decurso do período depurador.

Reafirma o agravante, em síntese, que, *na data do fato (18 de setembro de 2014), já havia transcorrido mais de 5 anos da extinção da punibilidade de condenações anteriores, razão pela qual não podem ser consideradas nem como reincidência nem como maus antecedentes* (fl. 354), consoante o art. 64, I, do CP.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a sua apreciação pela Sexta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 353.444 - SC (2016/0094973-9)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Não assiste razão ao agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que o *habeas corpus* não foi conhecido, nos seguintes termos (fls. 339/343):

O presente habeas corpus foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, que foram mantidas pelo Tribunal de Justiça do Estado, no julgamento da apelação interposta pela defesa.

Insurge-se a impetrante, em suma, contra os fundamentos utilizados tanto para o aumento da pena-base, quanto para o afastamento do redutor contido no § 4º do art. 33, da Lei 11. 343/06, haja vista que passados mais de 5 anos do cumprimento das condenações anteriores, não poderia tais fatos serem considerados como maus antecedentes, não tendo, assim, o condão de afastar o benefício previsto mencionado preceito legal.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos do acórdão recorrido, in verbis:

Da dosimetria

No tocante à pena, a defesa pleiteia a incidência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

A magistrada negou a aplicação do benefício "porquanto o réu ostenta duas condenações definitivas por tráfico de drogas e uma condenação por furto, sendo reincidente específico" (p. 245).

Pois bem.

A condenação oriunda dos autos n. 0010532-57.2001.8.24.0033 (fl. 191), utilizada para caracterizar a reincidência, teve o integral cumprimento da sanção em 29/04/2009 conforme processo de execução n. 0024049- 27.2008.8.24.0020, de acordo com contato telefônico estabelecido com a comarca de Criciúma, o que foi certificado nos autos neste grau de jurisdição (certidão de fl. 20).

*Nos termos do art. 64, I, do Código Penal, a condenação definitiva, cuja **pena foi extinta há mais de cinco anos, como no caso, é incapaz de gerar a agravante.** Dessa forma, porque ultrapassado o lapso temporal mencionado, afasta-se a reincidência.*

Contudo, embora a condenação não seja apta a gerar reincidência, subsiste para caracterizar maus antecedentes.

Por outro lado, dos autos apontados pela sentença como maus antecedentes (fl. 245), apenas o de n. 0004637-33.1996.8.24.0020 configura a circunstância, por se tratar de condenação por delito de furto com trânsito em julgado em 05/02/2001 (fl. 21). Já os autos n. 009611-11.1999.8.24.0020 não caracterizam maus antecedentes, pois se referem ao processo de execução da pena referente à condenação por tráfico de drogas (fl. 22).

*Desse cenário, **afastada a reincidência e mantidos os maus antecedentes** (autos n. 0004637-33.1996.8.24.0020 - fl. 21 e 0010532- 57.2001.8.24.0033 - fl. 191), o acusado **permanece sem direito ao benefício da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas**, in verbis:*

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa grifou-se).

Ainda, por conta dessas considerações, há de se fazer pequeno ajuste na aplicação da pena.

Na primeira etapa**, preserva-se a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, tal como fixada na sentença, diante da **manutenção da condenação referente aos autos n. 0004637- 33.1996.8.24.0020 - fl. 21 e 0010532-57.2001.8.24.0033 - fl. 191 como maus antecedentes.

Porém, na fase seguinte, afasta-se o reconhecimento da reincidência, estabelecendo-se a pena, de forma definitiva, em 05



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, que, diante da ausência de causas de aumento e de diminuição, resta definitiva neste patamar (fls. 208/209).

Vê-se, dos trechos acima colacionados, que **apesar do afastamento da agravante da reincidência - em razão da condenação utilizada com esse intuito ter sido extinta há mais de 5 anos -, tal circunstância fora utilizada para majorar a pena-base em 1/6, bem como para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.**

No tocante ao ponto, alega a defesa que foram consideradas condenações alcançadas pelo período depurador, o que não se admitiria.

No entanto, **o entendimento firmado nas instâncias ordinárias está em consonância com o desta Corte, no sentido de que o período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes.** Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1500382/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015; AgRg no REsp 1531323/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015.

De acordo com o posicionamento desta Corte não há que se falar em bis in idem na utilização dos maus antecedentes/reincidência para, ao mesmo tempo, exasperar a pena-base e afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, já que expressa a previsão legal, veja-se: HC 327.810/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016.

No que concerne ao regime inicial de cumprimento de pena, eis os fundamentos lançados perante o acórdão ora impugnado (fl. 211/212):

No caso presente, contudo, a fixação do regime inicial fechado mostra-se adequada.

Isso porque, a análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal) restou desfavorável diante da existência de maus antecedentes - como visto alhures.

Assim, na espécie, a circunstância judicial desfavorável impede a concessão de regime menos gravoso, devendo ser imposto o fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

(...)

Desse modo, a teor do que dispõe o art. 3º, do Código Penal, deve ser mantido o regime fechado para o resgate da reprimenda, tal qual deliberou o diligente magistrado.

Denota-se, mais uma vez, que o entendimento firmado nas instâncias ordinárias está em consonância com o desta Corte. Isso, porque conquanto condenado, o paciente, à pena privativa de liberdade superior a 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos de reclusão e não excedente a 8 anos, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente que teve sopesadas como desfavoráveis as circunstâncias judiciais do delito praticado, consoante dispõem os arts. 33, §§ 2º e 3º e 59, ambos do Código Penal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENADO PRIMÁRIO, CUJA PENA SEJA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDA A 8. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína).

3. À luz do art. 33, § 3º, do CP e da fundamentação global da sentença - que deve se analisada como um todo e não por capítulos - encontra-se justificada a fixação do regime inicial mais gravoso.

4. Writ não conhecido.

(HC 228.963/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015).

No presente caso, portanto, ante a pena fixada, servem os maus antecedentes para justificar a fixação do regime imediatamente mais gravoso (fechado) para o cumprimento inicial de pena.

Mantidos os termos do acórdão impugnado, resta prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o quantum de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, nos termos da súmula 568/STJ.

Nesse contexto, deve a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte.

Conforme salientado, o período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afasta a reincidência, **mas não retira os maus antecedentes**. Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1500382/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015; AgRg no REsp 1531323/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0094973-9

AgRg no
HC 353.444 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01146540920148240020 01157635820148240020 082014003255832 082015001860229
1146540920148240020 1157635820148240020 20150425325 82014003255832

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : VILMAR CARDOSO NICOLAU (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : VILMAR CARDOSO NICOLAU (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.