



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 416.509 - SP (2017/0237074-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : MARIANA TEIXEIRA ZEQUINI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PAULO SERGIO LUNARO

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA E CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. FRAÇÃO DA AGRAVANTE. TRIPLA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM 1/4. AUMENTO PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em um ano de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do paciente, por condenações anteriores pelo delito de furto, sendo apenas uma alcançada pelo período depurador, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. A jurisprudência deste Tribunal é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 exige fundamentação concreta. No caso, a tripla reincidência do paciente constitui motivação válida para a escolha do índice de aumento em 1/4, o que afasta a intervenção excepcional desta Corte.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 416.509 - SP (2017/0237074-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : MARIANA TEIXEIRA ZEQUINI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PAULO SERGIO LUNARO

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **PAULO SERGIO LUNARO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena-base e afastar a majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, redimensionando a reprimenda para 7 anos e 6 meses de reclusão mais pagamento de 750 dias-multa, mantido o regime fechado.

Neste *writ*, alega o impetrante ser indevida a exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes, com fundamento em condenações anteriores alcançadas pelo tempo depurador, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, pois extintas em 16/05/2006 e em 22/05/2010.

Aduz ter a Corte de origem agravado a sanção em razão reincidência, na fração de 1/4, sem a demonstração da fundamentação concreta necessária, impondo-se a redução ao patamar de 1/6, conforme recomenda a jurisprudência.

Requer, assim, a concessão da ordem para a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como para alterar a fração da agravante de reincidência de 1/4 para 1/6.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 337-338).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 344-346).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 375-376).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 416.509 - SP (2017/0237074-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : MARIANA TEIXEIRA ZEQUINI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PAULO SERGIO LUNARO

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA E CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. FRAÇÃO DA AGRAVANTE. TRIPLA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM 1/4. AUMENTO PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em um ano de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do paciente, por condenações anteriores pelo delito de furto, sendo apenas uma alcançada pelo período depurador, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

4. A jurisprudência deste Tribunal é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 exige fundamentação concreta. No caso, a tripla reincidência do paciente constitui motivação válida para a escolha do índice de aumento em 1/4, o que afasta a intervenção excepcional desta Corte.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao prover o recurso da defesa para reduzir pena do paciente para 7 anos e 6 meses de reclusão, assim procedeu na individualização da pena:

"A reprimenda comporta reparo.

A pena-base deve ser reduzida, porquanto, tirante as condenações definitivas por crimes anteriores que, ao contrário do que alega a Defesa, têm aptidão para servir como maus antecedentes, tenho que as demais circunstâncias judiciais não justificam o recrudesimento da base.

Assim, por força das certidões de fls. 191 e 219/220, reportando a existência de condenações definitivas por furtos, fixo a pena-base em 1/5 acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, mais adequada a exasperação de  $\frac{1}{4}$  em função da tripla reincidência (fls. 206, 209 e 221), elevando a sanção penal para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

A causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, deve ser afastada.

A despeito da comprovação da existência de uma escola nas imediações do local dos fatos, de modo a indicar maior reprovabilidade da conduta delituosa, considero insuficiente para a caracterização da majorante tão-somente o critério objetivo.

Nesse aspecto, reformulei meu entendimento para acompanhar a tese de que a causa de aumento exige, para a sua comprovação, outros elementos de convicção, idôneos para reconhecer que o réu visava alcançar os frequentadores daqueles recintos, o que não é o caso.

O acusado não faz jus à redução prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, não preenchendo, pois, os requisitos legais.

Reformulando-se o cálculo, reduzo as penas para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa". (e-STJ, fls. 321-322).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, verifica-se que a pena-base foi majorada em 1 ano de reclusão tendo como fundamento os maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenações anteriores por delitos de furto.

Cabe destacar que, diferentemente do alegado pela defesa, apenas 1 condenação anterior (extinta em 19/3/2007 - delito de furto) das 6 constantes na folha de antecedentes do paciente (e-STJ, fls. 68-86) foi alcançada pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal. Desse modo, considerando a data do cometimento do delito em apreço (20/9/2016), nenhuma das demais ações penais pretéritas teriam sido alcançadas pelo prazo de 5 anos, posto que uma pelo crime de estelionato foi extinta em 22/10/2014 e as outras, por furto, em 19/3/2012, 2/6/2014 e 16/8/2014.

Portanto, à exceção de 1 condenação anterior, as remanescentes estariam aptas à ensejar a exasperação da reprimenda tanto na primeira fase da dosimetria, pela aferição desfavorável dos antecedentes, quanto segunda, pelo reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP. Vale destacar, ainda, que o Tribunal de origem optou por utilizar algumas para exasperar a pena-base e outras três para configurar a reincidência, não incorrendo, desse modo, em *bis in idem*.

Ademais, em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

A propósito:

"[...]

DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NA SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A existência de condenação anterior transitada em julgado autoriza a valoração negativa dos antecedentes do agente, ainda que ultrapassado o período de 5 (cinco) anos previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal.

2. Encontrando-se o aresto combatido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão defensiva esbarra no óbice previsto na Súmula nº 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1.068.053/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 23/8/2017);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO COM MAIS DE 5 ANOS DE TRÂNSITO EM JULGADO. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF.

2. Não há qualquer ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes do paciente com base em processo cuja condenação definitiva por prazo superior a cinco anos. A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.

[...]

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017).

Sob tal contexto, considerando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos e tendo sido apontados elementos idôneos para o aumento da pena inicial (maus antecedentes), não se mostra desarrazoada a elevação operada pela instância antecedente.

Quanto ao aumento operado na segunda etapa da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.

Na hipótese, destacada a tripla reincidência do paciente para a escolha da fração em 1/4, não se verifica manifesta ilegalidade no cálculo da pena, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.

A seguir os seguintes julgados desta Corte, no mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. RÉU DUPLAMENTE REINCIDENTE. FUNDAMENTO CONCRETO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE CONCURSO FORMAL PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DELITO PRATICADO EM FACE DE VÍTIMAS DIFERENTES. *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. A existência de mais de uma condenação definitiva constitui fundamento válido a justificar a fixação de fração superior à mínima, de 1/6, na segunda fase da dosimetria, como reincidência. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, fica configurada a hipótese de concurso formal de crimes de roubos, quando cometidos mediante uma só ação, contra vítimas diferentes. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 356.284/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 21/11/2016);





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6. IDONEIDADE. CONSTATADA A MULTIRREINCIDÊNCIA DO AGRAVANTE.

1. A dosimetria da pena do agravante foi exasperada, na primeira fase, em 1/6, pela verificação dos maus antecedentes, e na segunda fase, em 3/8, pois constatada a multirreincidência. O acórdão não comporta reparos, notadamente por estar em consonância com a jurisprudência desta Corte, que admite, em casos de multirreincidência ou de reincidência específica, a exasperação da pena em patamar superior a 1/6.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica) (HC n. 258.693/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/3/2016 - grifo nosso).

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. *In casu*, nos termos do consignado no acórdão ora hostilizado, a multirreincidência do paciente justifica incremento um pouco superior a 1/6 (HC n. 390.920/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/6/2017 - grifo nosso).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1660563/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017).

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.  
É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0237074-5

**HC 416.509 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0006847582016 00068475820168260066 6847582016 68475820168260066

EM MESA

JULGADO: 19/10/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : MARIANA TEIXEIRA ZEQUINI                   |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : PAULO SERGIO LUNARO                        |

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

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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