

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.573.504 - GO (2019/0261428-3)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**  
**AGRAVADO : JERRY ADRIANE DE OLIVEIRA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS**

**EMENTA**

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**, contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fls. 226-227):

**"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO E OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DE CONSUMIDOR DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DA TRAFICÂNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA.** *Tratando-se de conjunto probatório formado por inquérito policial, corroborado por prova jurisdicionalizada idônea e uniforme quanto à materialidade do fato e autoria do crime previsto artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, não há que se falar em absolvição ou desclassificação dessa conduta para a figura de consumidor, máxime porque o testemunho de policiais, colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, possui credibilidade e valor relevante à condenação, sobretudo quando corroborado pela confissão do agente e depoimento de consumidor/comprador da droga.*  
**2. PENA DE MULTA. AJUSTAMENTO.**

**POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** Imperativa a redução da pena de multa para guardar proporcionalidade à corpórea.

**3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS.** Sustada a proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no tocante ao crime de tráfico de drogas, preenchidos os requisitos objetivo e subjetivos legais (CP: art. 44), não há óbice para a conversão da pena corpórea por restritivas de direitos. Precedentes.

**APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE."**

Consoante se extrai dos autos, o agravado, **JERRY ADRIANE DE OLIVEIRA**, foi condenado como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, da Lei 11.343/06, às penas de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto**, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 156-168).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento à apelação da Defesa, para reduzir a pena de multa para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em virtude da desproporcionalidade com relação à pena corpórea, bem como para afastar a valoração negativa da circunstância judicial atinente aos maus antecedentes, determinando, assim, a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direito (fls. 214-229).

No **recurso especial**, interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, o Ministério Público alegou violação do artigo 59 do Código Penal, sob o argumento de que o decurso do prazo de 5 (cinco) anos do cumprimento da pena não constitui óbice ao reconhecimento de maus antecedentes.

Por fim, o **Parquet** pleiteou a reforma do acórdão recorrido, para que seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos

Apresentadas as contrarrazões (fls. 264-270), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na incidência da Súmula 7/STJ, porquanto a

análise da tese recursal implicaria o revolvimento de matéria fático-probatória (fls. 272-275).

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários à sua admissão.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 313-315).

É o relatório.

**Decido.**

Tendo em vista o argumento expendido pela parte agravante para refutar o fundamento da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial.**

A questão a ser analisada cinge-se à possibilidade de valoração como circunstância judicial negativa relativa aos antecedentes de condenação anterior atingida pelo período depurador de 5 (cinco) anos. Aduz o **Parquet** que *"[...] a condenação anterior transitada em julgado que não gere reincidência deve ser considerada como maus antecedentes, independentemente de o seu trânsito em julgado ou a extinção da execução penal pelo cumprimento da pena terem ocorrido há mais de cinco anos."* (fls. 239-240).

Trago à colação excerto do que ficou consignado no v. acórdão reprochado sobre a configuração dos maus antecedentes, **verbis** (fls. 222-223):

*"Equivocou-se o sentenciante ao reconhecer na 1ª fase da dosimetria, que o apelante é portador de maus antecedentes.*

*Afinal, o apelante teve extinta punibilidade, em 14/04/2010, pelo cumprimento pena.*

*Dai, em razão de que o crime do qual cogitam estes autos foi praticado, em 14/03/2016, ou seja, mais de cinco anos depois da extinção da punibilidade do réu/apelante pelo cumprimento da pena, essa condenação não pode servir como maus antecedentes."*

Da análise do excerto colacionado, verifico que merece acolhimento a pretensão ministerial neste ponto, uma vez que a Corte de origem invocou

fundamentos que vão de encontro ao entendimento desta Corte Superior quanto ao tema, senão vejamos.

Com efeito, a jurisprudência desta eg. Corte assentou-se no sentido de reconhecer a possibilidade de utilização de condenações ocorridas fora do período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, como elemento de suporte para a apreciação negativa dos antecedentes criminais

Nesse sentido, os seguintes julgados desta eg. Corte:

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO ANTERIOR ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.*

*1. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é firme acerca da possibilidade da valoração negativa, como maus antecedentes, das condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal.*

*2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.011.953/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 16/2/2017).*

*"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL DOS MAUS ANTECEDENTES. TESE DE NE BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. O acórdão combatido esta de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, no caso, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto inadimplido o inciso III do art. 44 do Código Penal, devido a existência de circunstância judicial desabonadora dos maus antecedentes.*

*2. Ademais, "a pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que 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" (RHC 66.436/SP, FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/05/2016).***

3. Quanto à tese de existência de *ne bis in idem*, alegando terem sido utilizados os mesmos fundamentos para fixar o regime mais gravoso e indeferir a substituição da pena, verifica-se que esse pleito não foi aventado em recurso de apelação às fls. 219-223 (e-STJ), o que não se admite nos embargos de declaração, por constituir inovação recursal, carecendo, portanto, a matéria do necessário prequestionamento.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 955.835/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/6/2017, grifei).

Portanto, ainda que a condenação anterior não prevaleça para efeito da reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, para efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá.

Dessarte, com relação ao pleito de afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, verifico que assiste razão ao **Parquet**. Isso porque, apesar do montante final da pena aplicada não ultrapassar 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso concreto indicam que a substituição da pena corporal não é recomendável, face o reconhecimento de **circunstância judicial desfavorável**, no caso, os maus antecedentes.

Assim, em observância ao disposto no art. 44, inciso III, do CP, não se revela possível a substituição da pena, conforme já decidiu esta Corte:

***"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. IDONEIDADE PARA COMPROVAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA DO RÉU. VALORAÇÃO DE UM DOS TÍTULOS CONDENATÓRIOS TRANSITADOS EM JULGADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO.***

**REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS DESATENDIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO.**

[...]

5. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de duas condenações transitadas em julgado, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena. *Precedentes*.

6. Embora não se desconheça o teor da Súmula/STJ 444, verifica-se que o decreto condenatório elencou diversas condenações transitadas em julgado ao exasperar a básica pelos maus antecedentes do réu, sendo certo que a carência de condenação definitiva em uma delas não denota falta de fundamentação na primeira fase do procedimento dosimétrico, sendo certo que o incremento da reprimenda de 6 (seis) meses não se revela desproporcional, máxime se considerado o intervalo de apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador e o aumento ideal de 1/8 por vetorial desabonadora. 7. No que se refere ao regime prisional, não se infere qualquer ilegalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, os maus antecedentes do acusado implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua reincidência, não havendo falar-se em negativa de vigência à Súmula 269/STJ. *Precedentes*.

8. ***Tratando-se de réu reincidente e que ostenta maus antecedentes, malgrado a sanção corporal a ele imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não restam atendidos os pressupostos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.***

9. ***Writ não conhecido***" (HC n. 381.903/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 1º/8/2017).

***"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DE DELITOS. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES DO STJ E STF. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES.***

*REGIME SEMIABERTO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]*

*4. Quanto ao regime prisional inicialmente semiaberto, verifica-se que a sua imposição pelas instâncias ordinárias está lastreada na reincidência e nos maus antecedentes, merecendo tratamento mais severo, o que está de acordo com a jurisprudência desta Corte. Precedentes.*

*5. No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo sido mantida a reprimenda imposta, verifica-se que o paciente não preenche o requisito previsto no art. 44 do Código Penal - CP, haja vista que se trata de paciente reincidente (inciso II) e, os antecedentes não indicam que a substituição seja suficiente (inciso III).*

*Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 376.221/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 5/5/2017).*

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PENA EXTINTA. PERÍODO DEPURADOR. MAUS ANTECEDENTES. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ART. 44, II E III, DO CP. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. 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.*

*2. Não se substitui a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, quando o réu for reincidente em crime doloso ou desfavoráveis as vetoriais do art. 59 do Código Penal, a indicar que não se mostre suficiente para a repressão do delito.*

*3. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.229.970/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 3/12/2015).*

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator,*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."*

Passo à dosimetria da pena.

Em razão desses fundamentos, restabeleço a pena-base proferida pelo juízo de primeiro grau, fixada em **6 (seis) anos de reclusão** (fl.165). Na segunda fase, presente a atenuante de confissão, mantenho o **quantum** de atenuação da pena em 1 (um) ano, tal como aplicado pelo juiz sentenciante, restando a reprimenda fixada em **5 (cinco) anos de reclusão** (fl. 165). Na terceira fase, considerando a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343 a reprimenda foi reduzida em 2/3(fl. 165), assim, fixo a pena definitiva do recorrido JERRY ADRIANE DE OLIVEIRA em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa** (fl. 225).

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, parágrafo único, incisos I e II, **b**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do recurso especial e dou-lhe provimento**, para restabelecer o aumento na pena-base decorrente da valoração negativa dos maus antecedentes e, por conseguinte, afastar a substituição da pena corpórea por pena restritiva de direitos, nos termos da fundamentação retro.

P. e I.

Brasília (DF), 05 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator