



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 993321 - SP (2025/0114996-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : TARLEI LEMOS PEREIRA
ADVOGADO : TARLEI LEMOS PEREIRA - SP138415
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATA APARECIDA PEREIRA DO SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de RENATA APARECIDA PEREIRA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1516923-85.2024.8.26.0228).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 625 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 30/36).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para exasperar a pena-base da paciente em menor extensão, razão pela qual as suas penas foram redimensionadas para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 16/26). Segue a ementa do acórdão:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame: Apelação contra condenação por tráfico de drogas, buscando nulidade da prova, absolvição, desclassificação para uso pessoal e exame toxicológico.

II. Questão em Discussão: Legalidade da abordagem policial e validade das provas; possibilidade de desclassificação do crime; necessidade de exame toxicológico.

III. Razões de Decidir: Abordagem justificada e válida. Quantidade de drogas indica tráfico, não uso pessoal. Exame toxicológico desnecessário.

IV. Dispositivo e Tese: Recurso parcialmente provido, pena reduzida para 5 anos e 10 meses de reclusão. Tese de julgamento:

1. Abordagem válida com fundada suspeita.

2. Usuário pode ser traficante.

Legislação Citada: Lei 11.343/06, art. 33; CPP, art. 240.

Jurisprudência Citada: STF, HC nº 74.608-0/SP; STJ, HC 146.381/SP.

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados (e-STJ fls. 108/113).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/15), o impetrante sustenta que o Tribunal *a quo* impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve o exame negativo dos seus antecedentes com base em condenação muito antiga.

Em consequência do afastamento dos maus antecedentes, entende que a paciente faz jus à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Ao final, pede a concessão da ordem para que a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 167/172 e 179/208.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 215 /218, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N 11.343/06. AFASTADA. DEDICACÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT OU PELA DENEGACÃO DA ORDEM.*

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumprido analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção da paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890 /SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802 /SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, em síntese, o afastamento do exame negativo dos antecedentes da paciente e a consequente aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Em relação aos antecedentes, cabe consignar que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 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.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.818/SC (Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 31/8/2020), em regime de repercussão geral, firmou tese no sentido de que *não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*.

Por outro lado, esta Corte tem admitido, em casos excepcionais, a adoção da teoria do direito ao esquecimento, hipótese em que *a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o lapso temporal transcorrido entre a extinção da pena anteriormente imposta e a prática do novo delito* (AgRg no HC n. 777.795/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023).

Quanto à terceira fase, cumpre destacar que a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: *a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa*.

No caso, seguem os critérios utilizados pelo Juízo sentenciante para exasperar a pena-base da paciente e não aplicar o redutor (e-STJ fls. 33 e 35):

A certidão de antecedentes criminais denota que a ré é primária. Contudo, possui maus antecedentes em tráfico de drogas, motivo pelo qual não faz jus ao privilégio previsto pelo §4º do artigo 33 da lei 11.343/06. A propósito: [...] Importante anotar que não há falar em bis in idem a utilização dos maus antecedentes tanto para aumentar a pena-base quanto para impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena. [...]

[...]

Com relação às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/06, que a culpabilidade apresentada é inerente à reprovabilidade do tipo; a ré ostenta maus antecedentes; não há provas - laudo elaborado por psicólogo ou por assistente social - capazes de desabonar a personalidade e a conduta social do acusado; os motivos, as consequências e as circunstâncias não destoam do esperado, não há que se falar em comportamento da vítima na espécie; a natureza da droga (crack) merece reprovação, tendo em vista o seu poder destrutivo e viciante, quando comparada com outros entorpecentes, como, por exemplo, a maconha; a quantidade não se mostrou exorbitante, logo, não se revela desfavorável à acusada.

Presentes duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, aumento a pena-base em 1/5, fixando-a em 6 anos de reclusão, além do pagamento de 625 dias-multa

Não há agravantes ou atenuantes.

Não há causas de aumento ou de diminuição.

O Tribunal a quo manteve parte da exasperação da pena-base e negou-se a aplicar a minorante, conforme segue (e-STJ fls. 24/25):

Na primeira fase, merece reparo, ante as circunstâncias do artigo 42 da Lei 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal que não são favoráveis, vez que presente os maus antecedentes, a base deve ser fixada com aumento, mas, na fração de 1/6, perfazendo-se em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso legal.

[...]

Na terceira fase, realmente descabe, na espécie, o redutor do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, já que demonstra que a apelante se dedicava a atividades criminosas e não era iniciante no tráfico, tendo em vista a variedade (crack e cocaína) e natureza lesiva (crack) das drogas apreendidas, aliado, aos maus antecedentes, e, de fato, demonstra sua personalidade desvirtuada e voltada a práticas criminosas, evidenciado que a ré está amplamente familiarizada com o comércio de entorpecentes, dedicando-se, portanto, às atividades criminosas, não preenchendo, assim, o requisito legal para a concessão do benefício do §4º. Afinal, o aludido dispositivo permite a diminuição da pena quando o réu for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa (requisitos cumulativos). Não é o que se verifica no presente caso. Nesse sentido é o entendimento desta 10ª Câmara de Direito Criminal: [...]

Acerca da teoria do direito ao esquecimento, assim consignou em sede de embargos de declaração (e-STJ fls. 110/111):

De mais a mais, vale dizer, pese embora a argumentação expendida referente ao art. 64, I, do CP ao instituto dos maus antecedentes, não assiste razão a defesa, haja vista que, conforme o Supremo Tribunal Federal, verbis, “não se aplica, para o reconhecimento dos maus antecedentes, o prazo quinquenal de prescrição da reincidência previsto no art. 64, I, do Código Penal” (RE

593.818, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 18/08/2020). No mesmo sentido, é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “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 (...)” (AgRg no HC 476872/MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 07/02/2019, D Je de 14/02/2019); finalmente, o direito ao esquecimento não tem o condão de afastar a valoração dos maus antecedentes; pois, devemos considerar, que uma pessoa sem nenhum antecedente criminal não merece, em caso de condenação, ser tratada igualmente àquela que teve pena anterior, mesmo que, extinta há mais de 5 anos.

Extrai-se das transcrições supra que o Tribunal a quo manteve a exasperação da pena-base da paciente, em menor patamar, com fulcro no exame negativo dos seus antecedentes, os quais foram extraídos de uma condenação definitiva pela prática do crime previsto no art. 12 da antiga Lei de Tóxicos, a qual se deu no ano de 2006, ou seja, tal condenação certamente encontrava-se extinta por tempo superior a 10 anos quando da prática delitiva em exame, ocorrida no ano de 2024.

Assim, em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, impõe-se a neutralização dos antecedentes da paciente.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. DESATENÇÃO AO ÔNUS DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. ANTECEDENTES DO AGENTE. CONDENAÇÃO ANTIGA. TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A DEZ ANOS ENTRE A EXTINÇÃO DA PENA ANTERIOR E O COMETIMENTO DO NOVO DELITO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA.

[...]

III - No que concerne ao vetor maus antecedentes, a jurisprudência dessa Corte assentou-se no sentido de reconhecer a possibilidade de utilização de condenações já alcançadas período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, como elemento de suporte para a apreciação negativa dos antecedentes criminais.

IV - Ocorre, entretanto, que a jurisprudência deste STJ também compreende que, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para

evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento. *Precedente.*

V - Esta Corte estabeleceu como parâmetro o entendimento de que o cômputo do prazo do para aplicação do direito ao esquecimento em relação aos antecedentes é realizado entre extinção da pena anteriormente imposta e a prática do novo delito. *Precedente.*

VI - No caso, transcorreu tempo significativamente superior a 10 (dez) anos entre a extinção da pena e o cometimento do novo delito, lapso temporal adotado por esta Corte Superior como apto a ensejar a aplicação do direito ao esquecimento.

[...]

Agravo regimental não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com fulcro no art. 647-A, caput e parágrafo único, do CPP, a fim de redimensionar a reprimenda total para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e de fixar o regime prisional inicial aberto, mantendo ainda a pena de multa e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos operadas na origem. (AgRg no AREsp n. 2.474.847/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 27/8/2024.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES CRIMINAIS. AFASTAMENTO PELA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. VIABILIDADE NO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *Sobre a valoração negativa dos antecedentes criminais, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em recurso extraordinário com repercussão geral, que "não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal)" (RE n. 593.818, relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 18/8/2020, processo eletrônico, Repercussão Geral - Mérito, DJe-277, divulgado em 20/11/2020, publicado em 23/11/2020).*

*Contudo, segundo a jurisprudência desta Corte, "quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos [...], admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento" (REsp n. 1.707.948/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/4/2018, DJe de 16/4/2018). Nesse contexto, "o cômputo do prazo do para aplicação do direito ao esquecimento em relação aos antecedentes é realizado entre extinção da pena anteriormente imposta e a prática do novo delito" (EDcl no AgRg no HC n. 696.253/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022). *Precedentes.**

2. *Na hipótese, as penas estabelecidas aos fatos delituosos que ensejaram os maus antecedentes já haviam sido extintas mais de 10 anos antes do cometimento do novo crime.*

3. *Ademais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

4. Assim, no presente caso, afastados os maus antecedentes, faz jus o agravado à causa especial de diminuição de pena referenciada.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 790.687/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023.)

Em consequência do afastamento do exame negativo dos antecedentes da paciente e ausentes outras circunstâncias judiciais negativas, tampouco outros motivos para a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, fixo a sua pena-base no patamar mínimo legal e aplico o redutor na fração máxima legal.

Passo ao redimensionamento das penas.

Na primeira fase, conforme a fundamentação supra, fixo a pena-base da paciente no patamar mínimo de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Ausentes atenuantes, agravantes ou causas de aumento, aplico o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3, na esteira da motivação supra, razão pela qual torno as penas da paciente definitivas em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Aplicada a minorante e fixada a pena privativa de liberdade da paciente em patamar que não excede 4 anos de reclusão, além de ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, fixo o regime aberto e substituo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme a Súmula Vinculante n. 59/STF, *in verbis*:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.

Reconhecido o privilégio, fica afastado o caráter hediondo do delito, pois a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir as penas da paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, afastando o caráter hediondo do delito, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Intimem-se.

Brasília, 28 de maio de 2025.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator