



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.716 - ES (2009/0095258-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ROBSON DOS SANTOS
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. CONDENAÇÃO. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. REINCIDÊNCIA AFASTADA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem negou ao paciente a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão dos maus antecedentes reconhecidos desde a sentença de primeiro grau, que levaram, inclusive, à fixação da pena base acima do mínimo legal.

2. Diante do contido no art. 64, I, do Código Penal, o decurso de mais de cinco anos do cumprimento da pena imposta em processo anterior impede a caracterização da reincidência. Nada impede, contudo, que tais incidências sirvam para configurar os antecedentes negativos.

3. A existência de maus antecedentes justifica a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, assim como a fixação de regime mais gravoso (semiaberto) e a negativa da substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* denegado.

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: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 28 de abril de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.716 - ES (2009/0095258-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ROBSON DOS SANTOS
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Defensor Público em favor de ROBSON DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Embargos de Declaração na Apelação Criminal nº 21980174813).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

Extrai-se da sentença, proferida em 23.10.06, no que interessa (fl. 19):

A culpabilidade ressoa grave, sendo reprovável a conduta do réu; antecedentes criminais maculados; não há registros sobre a conduta social do réu; personalidade do homem comum; os motivos do crime e as circunstâncias do fato não são favoráveis ao réu; as consequências extra penais são relevantes em face dos efeitos nocivos do tráfico de drogas para a coletividade; o sujeito passivo no delito é a sociedade, razão pela qual não há que se analisar, no caso, o comportamento da vítima.

Sopesando as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu e levando em consideração a pena em abstrato do artigo 12 da Lei nº 6.368/76 (3 a 15 anos de reclusão e multa) fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e multa.

Não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de diminuição ou aumento de pena, razão pela qual estabeleço essa pena como definitiva.

(...)

Inaplicáveis a substituição da pena e o *sursis*.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, consoante artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

O réu poderá apelar em liberdade, vez que assim permaneceu durante todo o processo.

A apelação da Defesa foi julgada em 01.10.08, sendo parcialmente provida para fixar o regime semiaberto para o início do desconto da sanção. O acórdão ficou assim resumido (fl. 22):

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME HEDIONDO - PROGRESSÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME PRISIONAL - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90 - DELITO PRATICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464/07 - IRRETROATIVIDADE - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA - ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CP. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1- Tendo em vista a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, incide sobre os delitos praticados sob a égide dessa lei as normas contidas no Código Penal e na Lei de Execuções Penais quanto à aplicação e progressão do regime.

2- A Lei nº 11.646/07 é inquestionavelmente mais gravosa, já que esta lei prevê a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado, além do cumprimento de no mínimo 2/5 da pena cominada para que o condenado faça jus à progressão. Por ser mais maléfica, dúvida não há quanto à irretroatividade da referida previsão legal, não podendo alcançar os fatos a ela pretéritos, inclusive a presente hipótese.

3- A regra do artigo 33, § 2º, "c", do CP, que possibilita a fixação do regime aberto nos casos em que a pena base não excede aos 4 (quatro) anos, não possui incidência obrigatória, porquanto condicionada a uma valoração favorável ao réu dos requisitos subjetivos elencados no artigo 59, também do Código Penal.

4- Recurso a que se dá parcial provimento.

Contra essa decisão foram opostos embargados declaratórios, os quais foram rejeitados, em aresto assim ementado (fl. 25):

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NÃO VERIFICADAS. PROPÓSITO DE APRECIÇÃO DE NOVA MATÉRIA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO RÉU. REDUÇÃO DA PENA PELO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1- Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do *decisum* embargado, não se prestando para análise de questões até então não ventiladas.

2- Tratando-se, contudo, de verdadeiro direito público subjetivo do réu, cujo interesse é de ordem pública, podendo ser declarado de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição que, se não conhecido, acarretará manifesto prejuízo para a efetividade jurisdicional, viável a análise da pretensão posta pelo embargante.

3- A concessão do benefício previsto no artigo 33, § 4º da lei nº 11.343/06 está condicionada à presença de certos requisitos, a saber, o condenado deve apresentar bons antecedentes, bem como não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organização criminosa. Faltando um deles, torna-se inviável a aplicação da norma.

4- O reconhecimento da preponderância de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, notadamente dos maus antecedentes, desaconselha a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o que prescreve o artigo 44, III, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5- Embargos de Declaração rejeitados.

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, o qual não foi admitido pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. A condenação transitou em julgado para o Ministério Público em 03.03.09 e, para a Defesa, em 25.05.09.

No presente *mandamus*, o impetrante alega que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 deve ser aplicada ao caso, não obstante o crime ter sido perpetrado sob a égide da Lei nº 6.368/76. A seu ver, não se trata de combinação de leis, mas de aplicação retroativa de norma penal mais benéfica.

Assevera que o paciente é primário, "pois não há registro nos autos suficientes para a caracterização de maus antecedentes, nem de reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 64, inciso I, do Código Penal" (fl. 4).

Pondera que "as duas primeiras incidências (penas extintas) referem-se a fatos ocorridos na década de 80, certamente já tendo sido atingidas pelo fenômeno da 'temporiedade da reincidência'" (fl. 5).

Por outro lado, sustenta que "como não há esclarecimentos suficientes na FAC (fls. 66/67 - cópias anexas), pelo princípio do *favor rei*, presume-se, pela data do fato e pela certeza de extinção da punibilidade, que esta última ocorreu há mais de 5 (cinco) anos dos atos imputados ao paciente na ação penal em tela" (fl. 5).

Ressalta que "os demais registros constantes da folha de antecedentes não trazem a confirmação de sentenças condenatórias transitadas em julgado. Assim, não há se falar também em antecedentes maculados" (fl. 6).

Nestes termos, partindo do pressuposto que o Tribunal *a quo* realizou de maneira equivocada a análise da vida pregressa do paciente, conclui que ele faz jus à redução de pena prevista no mencionado § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Por via de consequência, deve o regime inicial de cumprimento de pena do paciente ser alterado para o aberto.

Considerando, também, que o paciente preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos, defende que ele deve ter sua pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, pois a pena imposta não foi superior a quatro anos, o crime não foi praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o paciente não é reincidente e as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis.

Pugna pela procedência do pedido para que seja: a) aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; b) fixado o regime aberto para o início da reprimenda do paciente; c) substituída a pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

A liminar foi indeferida às fls. 42/44.

Foram prestadas informações às fls. 48/83.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 86/91).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal, em 10.03.11, concedeu a ordem nos autos do HC nº 106.690 para determinar que este *writ* fosse julgado "no prazo máximo de 10 (dez) sessões".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.716 - ES (2009/0095258-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. CONDENAÇÃO. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. REINCIDÊNCIA AFASTADA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem negou ao paciente a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão dos maus antecedentes reconhecidos desde a sentença de primeiro grau, que levaram, inclusive, à fixação da pena base acima do mínimo legal.

2. Diante do contido no art. 64, I, do Código Penal, o decurso de mais de cinco anos do cumprimento da pena imposta em processo anterior impede a caracterização da reincidência. Nada impede, contudo, que tais incidências sirvam para configurar os antecedentes negativos.

3. A existência de maus antecedentes justifica a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, assim como a fixação de regime mais gravoso (semiaberto) e a negativa da substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Busca a impetração a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos. Sustenta, em síntese, que o paciente não é reincidente e não possui maus antecedentes.

Veja-se, a propósito, o que foi decidido no acórdão da apelação (fl. 26):

Percebe-se, pois, que de acordo com o artigo 33, § 2º, "c", do CP o recorrente poderia ser agraciado com a fixação do regime aberto. Todavia, não obstante o referido dispositivo possibilite a fixação do regime mais benéfico nos casos em que a pena base não exceda aos 4 (quatro) anos, é certo que tal regra não possui incidência obrigatória, porquanto condicionada a uma valoração favorável ao réu dos requisitos subjetivos elencados no artigo 59, também do Código Penal.

Com efeito, no caso em tela, adotando integralmente a valoração realizada pelo Juiz sentenciante das circunstâncias judiciais condizentes ao apelante, não restam dúvidas de que a fixação do regime semiaberto se mostra mais adequada para exercer a função repressiva/preventiva da pena, tendo em vista, especialmente, a gravidade do crime praticado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de embargos de declaração, consignou a Corte estadual (fls. 31/34):

(...) de fato, deveria o v. acórdão embargado, independentemente de impugnação expressa, ter se manifestado quanto à possibilidade de aplicação da norma disposta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, visto ser mais benéfica ao acusado.

Como a questão não foi enfrentada quando do julgamento do recurso de apelação, o faço nesta oportunidade, mas apenas para dizer que não assiste razão ao recorrente em sua pretensão.

(...)

Extrai-se, pois, do texto legal, que a concessão do benefício previsto no indigitado artigo está condicionada à presença de certos requisitos, quais sejam, o condenado deve apresentar bons antecedentes, bem como não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organização criminosa.

Nesse diapasão, não exige grande esforço perceber que o ora embargante não preenche todos os requisitos necessários para aplicação da norma. Embora não haja meios de verificar se o recorrente integra organização criminosa ou se dedica com afinco à traficância, é incontestável que este apresente extensa ficha criminal, revelando os seus maus antecedentes.

É que consta da folha de antecedentes criminais do acusado (fls. 66 dos autos) diversas condenações anteriores, com trânsito em julgado, cujas penas foram extintas pelo cumprimento, inclusive por crimes graves como um homicídio.

E nem há que se falar que a folha de antecedentes não é meio idôneo a comprovar os maus antecedentes, como sustenta o embargante, pois expedida por órgão competente, na esteira do que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

(...)

Nestes termos, deixo de aplicar o benefício em voga e, em consequência, reduzir a reprimenda imposta ao acusado, visto não preencher os requisitos previstos no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Passo, então, a analisar o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que, embora também tal matéria não tenha sido objeto da impugnação no apelo manejado, tenho que a r. sentença de piso se baseou em premissa equivocada para dizer inaplicável semelhante benefício.

Para melhor esclarecer, percebe-se às fls. 128 dos autos, que o ilustre magistrado de piso asseverou, simplesmente, que entendia "inaplicáveis a substituição da pena e o *sursis*, no que seguia grande parte da jurisprudência, até mesmo do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, nunca coadunei com este entendimento, até poque, nem a Lei 6.368/76 nem a Lei dos Crimes Hediondos afastam a aplicação de pena restritiva em relação ao acusado de crime de tráfico de entorpecentes.

Em verdade, tal vedação surgiu somente com o advento da Lei 11.343/06, que passou a disciplinar a repressão ao tráfico ilícito de drogas, especificamente em seu artigo 44, que por se tratar de norma menos benéfica ao acusado, não pode ser aplicado ao presente caso, em que o delito foi praticado antes da vigência da nova Lei de Tóxicos.

Nesse sentido (...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não há dúvidas que, no caso em tela, a concessão do benefício requerido está condicionada, unicamente, ao preenchimento dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, que estabelece:

(...)

Pois bem. *In casu* encontram-se preenchidos os requisitos objetivos, constantes dos incisos I e II do indigitado dispositivo, no entanto, o mesmo não é possível afirmar em relação aos requisitos ditos subjetivos, previstos no inciso III.

Na esteira do que foi esposado anteriormente, o ora embargante ostenta extensa ficha criminal, tendo sido condenado por outros crimes, cujas penas foram extintas pelo cumprimento.

Com efeito, inviável a aplicação da pena restritiva de direitos ao recorrente, eis que ausentes os requisitos do artigo 44, III, do Código Penal, o que reputo em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo seguinte julgado:

(...)

Como visto, o Tribunal de origem negou ao paciente a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão dos maus antecedentes do paciente, reconhecidos desde a sentença de primeiro grau, que levaram, inclusive, à fixação da pena base acima do mínimo legal.

Afasta-se, desde logo, a tese da Defesa de que, diante do disposto no art. 64, I, do Código Penal, o paciente não é reincidente e não possui maus antecedentes.

Com efeito, esta Corte já assentou que, na hipótese do transcurso de mais de cinco anos do cumprimento da pena imposta em processo anterior, embora a condenação não mais possa servir para caracterizar a reincidência, configura antecedente negativo. Nesse sentido, vejam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL.

1. Embora não possa caracterizar reincidência - a teor do que disciplina o art. 64, I, do Código Penal -, condenação definitiva com lapso temporal superior a 5 (cinco) anos se presta para a depreciação dos antecedentes. Precedentes.

2. Os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, são: ser o réu primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, tampouco integrar organização desse gênero.

3. Reconhecida a existência de maus antecedentes, afastada está a aplicação da referida minorante.

4. Embora a pena corporal não alcance 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a manutenção do regime prisional fechado.

5. Diante das mesmas balizas, não se mostra recomendável a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada.

(HC 178.019/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 14/03/2011)

PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO ESTATUTO REPRESSIVO. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO.

1. A condenação penal anterior que for alcançada pelo prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, pode ser considerada no processo de dosimetria da pena para caracterização de maus antecedentes. Precedentes desta Corte Superior e do Pretório Excelso.

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ART. 61, I, DO CP. NEGATIVA DE VIGÊNCIA CONFIGURADA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO, POR FATOS DIVERSOS, COMO MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Podem ser consideradas como maus antecedentes e reincidência as condenações com trânsito em julgado por fatos diversos. O que não se admite é a valoração, em momentos distintos da dosimetria da pena, de uma mesma condenação.

2. Recurso Especial provido para restabelecer a sentença condenatória.

(REsp 1015784/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010)

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 129 E 148 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. ORDEM DENEGADA.

1. Condenações com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam reincidência, nos termos do artigo 64, inciso I, do Código Penal.

2. O decurso do prazo de cinco anos, no entanto, não tem o condão de afastar os maus antecedentes do agente, os quais podem ser considerados para fins de fixação de pena-base.

3. No caso em exame, as penas foram fixadas acima do mínimo legal, em r. sentença devidamente fundamentada, não caracterizada a coação ilegal descrita na inicial.

4. Ordem denegada.

(HC 121.680/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 31/08/2010, DJe 20/09/2010)

Na espécie, de acordo com a folha de antecedentes do paciente (fl. 11), ele possui condenações transitadas em julgado, cujas penas foram extintas pelo integral cumprimento. Tais incidências, embora não tenha sido consideradas para configurar a reincidência, tanto que não houve agravamento na segunda fase de aplicação da pena, foram utilizadas para comprovar os antecedentes negativos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E a existência de maus antecedentes justifica a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Confirmam-se:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.464/07. ORDEM DENEGADA.

I. A redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 aplica-se aos delitos definidos no caput do mesmo dispositivo legal, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique ao crime ou integre organização criminosa.

II. O Tribunal a quo concluiu pela impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, na hipótese dos autos, levando em consideração os antecedentes criminais do réu e a quantidade de droga apreendida.

III. O regime inicialmente fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometidos após a publicação, em março de 2007, da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º, do art.

2º, da Lei 8.072/90.

IV. Ordem denegada.

(HC 193.710/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES.

1. Se a primeira condenação imposta ao Paciente transitou em julgado em 10 de setembro de 2007, não lhe poderia ser aplicada a agravante da reincidência no caso concreto, no qual a prática delitiva ocorreu em 12 de abril de 2007.

2. Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para afastar a agravante da reincidência e redimensionar as penas para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias.

(HC 167.602/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL.

1. Embora não possa caracterizar reincidência - a teor do que disciplina



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o art. 64, I, do Código Penal -, condenação definitiva com lapso temporal superior a 5 (cinco) anos se presta para a depreciação dos antecedentes. Precedentes.

2. Os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, são: ser o réu primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, tampouco integrar organização desse gênero.

3. Reconhecida a existência de maus antecedentes, afastada está a aplicação da referida minorante.

4. Embora a pena corporal não alcance 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a manutenção do regime prisional fechado.

5. Diante das mesmas balizas, não se mostra recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada.

(HC 178.019/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 14/03/2011)

Da mesma sorte, os maus antecedentes também autorizam a fixação de regime mais rigoroso e o indeferimento da substituição da pena por medidas restritivas de direitos. Nesse sentido, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. ANTECEDENTES NEGATIVOS. REINCIDÊNCIA. ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL FECHADO.

1. O regime fechado foi imposto com base na reincidência do paciente e na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita.

2. Conquanto a pena privativa não ultrapasse 4 (quatro) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais foram valoradas negativamente, notadamente em conta da pluralidade de antece, de modo a se inviabilizar a fixação do regime aberto, ou mesmo o semiaberto, a teor do que disciplina o art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Ordem denegada.

(HC 171.587/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 07/02/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS MAS INFERIOR A OITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

1. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que é portador de maus antecedentes, circunstância devidamente reconhecida pelo Tribunal de origem. De notar que os requisitos necessários para a aplicação da aludida minorante, quais sejam, ser o réu primário, com bons antecedentes, não se dedicar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, tampouco integrar organização desse gênero, são, a bem da verdade, complementares, sendo certo que a falta de qualquer deles é motivo bastante para impedir a incidência daquela, incabível, pois, a alegação da impetrante no sentido de ser suficiente o preenchimento pelo paciente dos demais requisitos.

2. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos, já que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (maus antecedentes e considerável quantidade de droga apreendida - 33 pedras de crack e 14 tubos plásticos contendo cocaína) a recomendá-lo, de acordo com o que preceitua o artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Da mesma forma, mostra-se inviável a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 162.598/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 17/12/2010)

No caso, tendo em vista que o paciente possui maus antecedentes, a Corte estadual, acertadamente, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal, estabeleceu o regime intermediário para o desconto da sanção, a despeito de a reprimenda ser de 4 (quatro) anos de reclusão.

Inexiste, assim, qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0095258-4

HC 136.716 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 21980174813

EM MESA

JULGADO: 28/04/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ROBSON DOS SANTOS
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.