



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.239 - GO (2011/0216905-2)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTROS  
**ADVOGADO** : RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTRO(S)  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
**PACIENTE** : ROMEU CARLOS MARQUES

### EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. NÃO APLICAÇÃO EM FACE DE MAUS ANTECEDENTES. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÕES LEGAIS INVOCADAS QUE JÁ FORAM SUPERADAS. CASO CONCRETO. ANÁLISE PELO TRIBUNAL.

1. Havendo condenação anterior, há mais de cinco anos, não há reincidência, mas os maus antecedentes permanecem.
2. Se assim é, não faz jus o paciente à causa especial de diminuição, pois não preenchido um dos seus requisitos (bons antecedentes).
3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.
4. Ordem parcialmente concedida tão somente para que o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

### 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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 07 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 218.239 - GO (2011/0216905-2)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTROS  
**ADVOGADO** : RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTRO(S)  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
**PACIENTE** : ROMEU CARLOS MARQUES

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROMEU CARLOS MARQUES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Apelação n.º 335434-83.2010.8.09.0071).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 à pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, em regime inicial fechado.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação sustentando a inexistência de provas suficientes à condenação para a infração penal, ou, alternativamente, o reconhecimento de circunstâncias atenuantes, bem como a devolução do dinheiro apreendido.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu parcial provimento ao recurso, o qual recebeu a seguinte ementa (fl. 64/66):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DAS PROVAS. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. São idôneos os depoimentos de policiais militares prestados de forma coerente e indubitosa com outros elementos probatórios. 2- DOSIMETRIA - PENA BASE. PODER DISCRICIONÁRIO DO MAGISTRADO. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA EQUIDADE. ADEQUAÇÃO. A lei penal não estabelece limites máximo e mínimo para a fixação da pena-base, cinge-se à análise das circunstâncias judiciais, ou seja, o magistrado atua com certa margem de discricionariedade. Em respeito aos objetivos primordiais da sanção penal, em face dos princípios da proporcionalidade e da não arbitrariedade do juiz, a pena de multa deve ser reduzida. 3- CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REDIMENSIONAMENTO. PATAMAR COMPATÍVEL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Verificado que o agente preenche os requisitos descritos no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, é de rigor conceder o benefício da diminuição da pena, porém em patamar compatível com a análise das circunstâncias judiciais, mostrando-se mais justa a redução da pena no patamar de 1/3. 4- SUBSTITUIÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO E PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. Dada a especificidade de legislação, por força da Lei nº 11.464/07, as penas corpóreas decorrentes de crime de tráfico de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas têm início expiatório em regime fechado e não podem ser substituídas por restritivas de direitos. 5- RESTITUIÇÃO DE BENS. Em que pese a redação do artigo 60, §§ 1º e 2º, da Lei 11.343/06, é pacífico o entendimento de que somente será admitida a devolução dos bens quando restar demonstrado estreme de dúvida o vínculo instrumental entre o comércio ilícito e a res apreendida. APELAÇÕES CONHECIDAS. DESPROVIDA A PRIMEIRA E PARCIALMENTE PROVIDA A SEGUNDA. PENA DE MULTA RETIFICADA DE OFÍCIO.

Daí o presente *writ*, no qual os impetrantes intentam não seja levado em consideração os maus antecedentes criminais. Alegam que o Tribunal *a quo* reconheceu a primariedade do paciente, mas, não concedeu o benefício da aplicação da causa de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

Sustentam que o paciente faz jus a reabilitação legal prevista no art. 64, I, do Código Penal, vez que os outros processos em que se envolvera "já se encontram baixados há mais de 05 (cinco) anos" (fl. 04).

Aduzem que o paciente possui todos os requisitos exigidos por lei para a concessão da benesse em seu grau máximo, pois é primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

Requerem, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), e a alteração do regime inicial para o semiaberto ou para o aberto (fl. 12).

Indeferida a liminar (fls. 79/81) e prestadas informações (fls. 95/135), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 138/144).

O recurso especial interposto pelo ora paciente não foi admitido na origem (fls. 147/150).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 218.239 - GO (2011/0216905-2)**

### EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. NÃO APLICAÇÃO EM FACE DE MAUS ANTECEDENTES. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÕES LEGAIS INVOCADAS QUE JÁ FORAM SUPERADAS. CASO CONCRETO. ANÁLISE PELO TRIBUNAL.

1. Havendo condenação anterior, há mais de cinco anos, não há reincidência, mas os maus antecedentes permanecem.
2. Se assim é, não faz jus o paciente à causa especial de diminuição, pois não preenchido um dos seus requisitos (bons antecedentes).
3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.
4. Ordem parcialmente concedida tão somente para que o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

### VOTO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):**

Como visto, a pretensão em exame é de aplicação da causa especial de diminuição pelo patamar máximo (2/3) e de alteração do regime inicial para um diferente do fechado.

Vejamos o que disse a sentença (fl. 38):

Atento aos ditames dos artigos 59 e 68, ambos do Código penal, passo à dosimetria e fixação da pena:

Quanto ao acusado Romeu Carlos Marques:

Culpabilidade evidenciada, diante do potencial conhecimento da ilicitude da conduta pela mesmo perpetrada, a qual poderia ter sido evitada, sendo o grau de reprovação da conduta do réu elevada; maus antecedentes; a má conduta do réu e sua personalidade são aspectos que dizem respeito à pessoa do agente e não ao fato em julgamento, juntamente com o motivo do crime, qual seja, cupidez, já foram aferidos e graduados quanto da análise de culpabilidade; as circunstâncias do fato não são favoráveis; nada há se falar em comportamento da vítima em proveito ou desproveito do réu; as consequências extra-penais são graves, vez que propiciaram campo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fértil à dependência toxicológica de pessoas inocentes, infelizes e/ou desequilibradas.

Destarte, fixo a pena base em 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão. "Pena-base acima do mínimo legal em razão da elevada quantidade de droga, obediência do art. 42 da lei Nº 11.343/06. (STJ, HC 181/16/SC, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 07/12/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 01/02/2011)", além das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, declinadas no parágrafo anterior. Torno-a definitiva neste patamar, ante a ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou diminuição de pena.

**Deixo de aplicar a atenuante prevista no §4º do artigo 33 devido aos maus antecedentes do acusado, pois já respondeu a outros processos por tráfico de drogas, conforme certidão de antecedentes criminais juntada aos autos.**

A pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado (§1º, art. 2º, Lei nº 8.072/90), podendo progredir de regime após o cumprimento de 2/5 da pena.

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 52/53):

Saliento, ainda, que a folha de antecedentes criminais do acusado Romeu Carlos é farta, uma vez que responde a 07 (sete) processos por tráfico de drogas e 01 (um) de furto (f. 389/394).

De tal vértice, não há falar-se em reconhecer atenuantes a favor do apelante Romeu, mormente considerando tratar-se de acusado maior, não confesso, tecnicamente primário e que as circunstâncias do fato delituoso demonstram a ousadia e a periculosidade do agente, tornando-se imperiosa a pena para prevenir a prática delituosa.

(...)

Outro tanto, no que concerne aos pleitos de substituição tanto do regime expiatório quanto da reprimenda corpórea, esses são de todo improcedentes porque incompatíveis com o crime praticado pelo apelante Wayner, que, em sendo equiparado a hediondo, rege-se pelo princípio da especialidade, por legislação própria que veda tais benefícios.

**No tocante ao regime de cumprimento de pena, por ser o crime de tráfico de drogas de natureza hedionda, deve ter tratamento mais rigoroso, conforme dispõe o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, com alteração dada pela Lei 11.464/07.**

Conforme se depreende, o Tribunal de origem, ratificando a sentença, negou a incidência da causa especial de diminuição, pautado na existência de maus antecedentes, o que se confirma com a folha de antecedentes (fls. 69/73), tanto que o acórdão em xequê consigna ser o paciente tecnicamente primário.

Aliás, é a própria impetração que afirma ter o paciente direito à reabilitação legal prevista no art. 64, I, do Código Penal, vez que os outros processos em que se envolvera "*já se encontram baixados há mais de 05 (cinco) anos*" (fl. 04), o que mostra a existência



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de outras condenações anteriores.

Contudo, veja-se, o transcurso do prazo de cinco anos afasta a reincidência, mas não os maus antecedentes.

Assim:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. PENA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. PERÍODO DEPURATIVO. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via, angusta por excelência.

2. Ainda mais porque na espécie a presente impetração foi manejada quando há havia trânsito em julgado da condenação, sendo certo, então, que o pleito em análise tenta transformar esta Corte, por vias oblíquas, em terceira instância revisora, transmutando o writ, impropriamente, em verdadeira revisão criminal.

3. Transcorrido o período depurativo do art. 64 do Código Penal, não podem as condenações anteriores serem consideradas para a reincidência, mas legitimam, por outro lado, exasperação da pena-base, pelo veio dos maus antecedentes. Precedentes.

4. Ordem denegada.

(HC 94.035/MS, minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 23/08/2010)

Se assim é, não está satisfeito um dos requisitos para a benesse, conforme o §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, **de bons antecedentes**, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Em caso análogo, decidi:

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. MAU ANTECEDENTE. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR AO PROCESSO EM ANÁLISE. ORDEM DENEGADA.

1 - Configuram-se os maus antecedentes se, na data da sentença, o paciente possuía condenação definitiva por delito anterior. A exigência de que o trânsito em julgado preceda o cometimento do crime atual é para a caracterização da reincidência. Precedentes.

2 - Em razão disso, não faz jus à causa especial de diminuição, pois não preenchido um dos seus requisitos (bons antecedentes).

3 - Ordem denegada.

(HC 169.377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 30/04/2012)

Não há, portanto, nada a alterar no julgado em xequê, neste particular.

Quanto ao mais, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte)." HC 101291/SP, rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

No mesmo sentido:

***Tráfico de drogas: “sursis” e substituição de pena por restritiva de direitos***

A 1ª Turma julgou prejudicado *habeas corpus* em que condenado à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33), pleiteava a suspensão condicional da pena nos termos em que concedida pelo Tribunal de Justiça estadual. Em seguida, deferiu, de ofício, a ordem para reconhecer a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de o juiz competente substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei. A impetração questionava acórdão que, em 9.3.2010, ao dar provimento a recurso especial do *parquet*, não admitira o *sursis*, em virtude de expressa vedação legal. Consignou-se que, ao julgar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), o Supremo concluiu, em 1º.9.2010, pela inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º; e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, ambos na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito em apreço. Asseverou-se, portanto, estar superado este impedimento. Salientou-se que a convalidação da reprimenda por restritiva de direitos seria mais favorável ao paciente. Ademais, observou-se que o art. 77, III, do CP estabelece a aplicabilidade de suspensão condicional da pena quando não indicada ou cabível a sua substituição por restritiva de direitos (CP, art. 44). HC 104361/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2011. (HC-104361)

Assim, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, entendendo inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A esse respeito, o Senado Federal editou a Resolução n.º 5, publicada no DOU de 16 de março de 2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, do §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, em atenção às vedações legais já ultrapassadas.

Em caso que tais, a Sexta Turma tem decidido remeter a análise do caso concreto ao juízo da execução. Contudo, na espécie, não há ainda trânsito em julgado.

Há de ser, então, o tema reanalisados pelo Tribunal de origem.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** tão somente para que o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0216905-2

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 218.239 / GO**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201003354348 201091354348 3354348320108090071

EM MESA

JULGADO: 07/08/2012

#### **Relatora**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTROS  
ADVOGADO : RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTRO(S)  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
PACIENTE : ROMEU CARLOS MARQUES

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

#### **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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.