

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA (RELATOR):

1. De início, ressalte-se que os pedidos de destaque e realização de sustentação oral foram anteriormente analisados (e-doc. 60).

2. O recurso não deve ser provido.

3. A Defensoria Pública-Geral da União não trouxe argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos:

“7. Conforme o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é viável a diminuição da pena, de 1/6 a 2/3, quando o agente for primário, **sem antecedentes**, não se dedicar a atividades delituosas nem integrar organização criminosa. Eis o teor do dispositivo:

“§ 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.” (grifos nossos).

8. A análise das peças juntadas ao processo revela que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da apelação, frisou inviável a aplicação da causa de diminuição ora pretendida, **salientando ostentar o recorrente maus antecedentes**. Observem o trecho do pronunciamento:

“2. Pugna a defesa do revisionando pela aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sustentando que o togado singular impediu benesse com base em argumentos genéricos.

A insurgência não prospera.

Dispõe o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006: “ 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.”(grifei)

Como se vê, os requisitos que obstam a concessão do benefício dizem respeito tão somente às condições pessoais do réu, portanto, a

quantidade e natureza da droga isoladamente não são suficientes para afastar o referido privilégio, mas, em recentes julgados, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a quantidade atrelada a outros fatores é útil para demonstrar que o réu se dedicava às atividades criminosas.

Além disso, observo que o sentenciante, na primeira etapa, ponderou acerca dos antecedentes criminais do revisionando, fator que obsta o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena. Veja-se:

Atendendo as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a culpabilidade, aqui entendida como a reprovabilidade da conduta, foi em grau normal para o tipo penal; **o réu registra antecedentes criminais, conforme fls. 32-34;** não há elementos para aferir a conduta social; não há dados sobre a personalidade; os motivos do crime são da espécie, isto é, lucro fácil, mesmo que em prejuízo da saúde e segurança pública; as circunstâncias são graves, uma vez que o acusado tinha consigo 19 porções de cocaína, 9 buchas de maconha e 50 pedras de crack (? 19), drogas estas de elevado grau de adicção, em consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06; as consequências do crime foram graves, mas próprias do tipo penal; a análise do comportamento da vítima resta prejudicada. (grifei)

Dessa forma, **apesar de inexistir processo hábil a caracterizar a reincidência, o fato da certidão criminal atestar uma ação transitada em julgado em desfavor do revisionando (autos n. 0049584-16.1999.8.24.0038 - consulta ao SAJ de 1º grau), entendo que tal condição basta para demonstrar experiência antiga na prática criminosa, circunstância impeditiva à concessão do privilégio**, que se destina aos réus detentores de bons predicados sociais." (e-doc. 1, p. 86-87; grifos nossos).

9. O Superior Tribunal de Justiça, no ato apontado como coator, ao negar provimento ao Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 664.694 /SC, assentou não verificada ilegalidade nas decisões proferidas nas instâncias antecedentes, no que **a incidência da causa de diminuição foi negada em razão dos maus antecedentes.** Veja-se a ementa alusiva ao julgado:

“EMENTA PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* . TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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. Logo, não há ilegalidade na decisão que negou o tráfico privilegiado diante dos maus antecedentes do acusado.

2. Agravo regimental não provido.” (e-doc. 26; grifos nossos).

10. Assim, não há ilegalidade, **uma vez não atendido requisito objetivo ao implemento da minorante**, surgindo imprópria a benesse. O entendimento está em consonância com a jurisprudência do Pretório Excelso. Nesse sentido:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. REGIME. ART. 33 DO CP. MANUTENÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O *habeas corpus* não merece conhecimento na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. **A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.** 4. **Em se tratando de requisitos negativos a serem avaliados pelas instâncias próprias segundo as particularidades de cada caso, não há ilegalidade na decisão que não aplica a minorante em razão da existência de maus antecedentes e reincidência.** 5. A fixação de regime inicial mais gravoso com lastro em circunstância judicial desfavorável e em reincidência delitiva atende aos critérios previstos no art. 33 do Código Penal. 6. Agravo regimental desprovido.”

(HC nº 203.290-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 15/09/2021, p. 18/10/2021; grifos nossos).

11. Quanto à possibilidade de consideração, como maus antecedentes, para fins de afastar a causa de diminuição em questão, de condenação cuja pena se extinguiu há mais de 5 anos, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema nº 150 do ementário da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: "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 nº 593.818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18/08/2020, p. 23/11/2020). Eis a ementa do referido julgado:

“EMENTA: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes

condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: **Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal** .”

(RE nº 593.818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, Sessão Virtual, j. 18/08/2020, p. 23/11/2020; grifos nossos).”

4. É consabido que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, dirige-se ao pequeno traficante, aquele não envolvido com a criminalidade, para o qual o tráfico de entorpecente é um fato episódico e ocasional. Na espécie, as instâncias antecedentes frisaram inviável a aplicação da causa de diminuição ora pretendida, **salientando ostentar o recorrente maus antecedentes** , a indicar o envolvimento em atividades criminosas.

5. Reitero, no tocante à condenação extinta há mais de 5 anos, que o Plenário desta Corte, no julgamento do RE nº 593.818/SC, de relatoria do eminente Ministro Roberto Barroso, julgado sob a sistemática da repercussão geral, estabeleceu a seguinte tese, quanto ao Tema nº 150: *"Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal "*. Neste ponto, não há ilegalidade a ser reparada.

6. Os entendimentos evidenciados na decisão agravada estão em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

7. Diante do exposto, **nego provimento ao agravo regimental** .

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

Relator

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/12/2022 00:00