

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 157.227 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **LEANDRO ROZA COELHO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

DECISÃO:

Vistos.

Recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Leandro Roza Coelho, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 429.977/MS, Relator o Ministro **Joel Ilan Paciornick**.

Alega o recorrente, em suma, que sua condenação pretérita, já alcançada pelo prazo depurador de 5 (cinco) anos (CP, art. 64, inciso I), foi sopesada negativamente como maus antecedentes na dosimetria da sua pena.

Para a defesa,

“os maus antecedentes levados em consideração pelo julgador singular deverão ser decotados da primeira fase da dosimetria da pena, pois a condenação pretérita considerada foi alcançada pelo período depurador de 5 (cinco) anos, razão pela qual não poderá ser valorada como reincidência e, conseqüentemente, como maus antecedentes”.

Requer-se o provimento do recurso para que, concedida a ordem de **habeas corpus**, seja

“decotada da primeira fase dosimétrica da pena do

Recorrente a circunstância negativa referente aos maus antecedentes, eis que fora considerada condenação transitada em julgado há mais de 05 (cinco) anos, já alcançada pelo período depurador”.

Instado a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República, em parecer de lavra do Dr. **Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho**, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Narra a defesa que o recorrente

“foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Inconformada com a r. sentença, a defesa ingressou com Apelação Criminal pugnando a (1) desclassificação do delito de tráfico de drogas para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, e, alternativamente, (2) a redução da pena aplicada uma vez que a moduladora do artigo 59 referente aos antecedentes foi negativada com fundamento em decisão que extrapola o período depurador, (3) o reconhecimento e aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, da Lei n. 11.343/06, (4) a alteração do regime inicial para cumprimento de pena e a (5) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O v. acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, para modificar o regime inicial do cumprimento da pena, vencido o relator, que dava provimento em maior extensão para neutralizar a moduladora referente aos antecedentes, cuja ementa segue transcrita

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO

DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT" DA LEI 11343/06) – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 (USO PESSOAL) OU ART. 33, §3º (OFERECIMENTO EVENTUAL E GRATUITA A TERCEIRO) AMBOS DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO INCIDÊNCIA – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE COM AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES – INCABÍVEL – CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO QUINQUÊNIO DEPURADOR CARACTERIZA MAUS ANTECEDENTES – PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – inviabilidade – recurso PARCIALMENTE PROVIDO.

As provas nos autos mostram-se suficientes para ensejar a condenação do agente pelo delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, 'caput', da Lei 11343/06, não havendo que se falar em desclassificação para o consumo pessoal (art. 28) e/ou oferecimento eventual e gratuito a terceiro (art.33, §3º)

Não é cabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pois as provas evidenciam que o agente dedica-se a atividade criminosa de forma reiterada e habitual.

Ainda que condenações anteriores transitadas em julgado não possam servir para caracterizar a reincidência ante a regra da 'temporiedade da reincidência', elas são hábeis a configurar maus antecedentes.

Fixada pena inferior a oito anos e sendo o agente primário e com circunstâncias judiciais favoráveis, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semiaberto, nos termos do art. 33,§2º, 'b', do CP.

Descabida a substituição da pena, por não preenchidos os requisitos do artigo 44 do CP, pois a pena aplicada é superior a 4 anos.

(...)

Em razão do voto do relator, Sr. Des. Manoel Mendes Carli, que dava parcial provimento ao recurso de apelação, foi interposto Embargos Infringentes, tendo sido proferido Acórdão pela 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que, novamente por maioria, negou provimento ao recurso, cuja ementa segue transcrita:

E M E N T A – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MODULADORA DOS MAUS ANTECEDENTES – REGISTRO ATINGIDO PELO PRAZO DEPURADOR DE 05 ANOS QUE PODE SER UTILIZADO PARA A NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que os registros atingidos pelo prazo depurador quinquenal, malgrado não possam configurar a reincidência, podem ser utilizados para o reconhecimento dos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria.

Mantida a valoração negativa dos antecedentes criminais.

Com o parecer, embargos rejeitados.

(...)

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul manteve a valoração negativa dos maus antecedentes entendendo que, 'mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, a condenação anterior transitada em julgado pode ser considerada como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do CP.

Por essa razão, foi impetrado *Habeas Corpus* para que seja concedida a ordem para reformar a r. decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, com o fim de afastar da pena-base a circunstância judicial negativa dos *antecedentes*, uma vez que, a pena considerada pelo órgão colegiado teve

extinta a punibilidade em 12/04/2010, ou seja, há quase 08 (oito) anos, e, por isso, dentro do período depurador para valorar negativamente os maus antecedentes.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar mencionado *Habeas Corpus*, por unanimidade, entendeu por seu não conhecimento (...)” (fls. 392 a 394 – grifos do autor).

Transcrevo o teor do acórdão recorrido:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A condenação anterior do réu, alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, pode ser considerada como mau antecedente. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido” (fl. 378 - grifos do autor).

Essa é a razão pela qual se insurge o recorrente.

Há plausibilidade jurídica na pretensão defensiva, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça acabou por decidir contrariamente ao entendimento da Corte ao assentar que condenação anterior do recorrente, alcançada pelo prazo depurador de 5 (cinco) anos (CP, art. 64, inciso I), não impede a configuração de maus antecedentes.

Cito precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

“[Q]uando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a

cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes” (HC nº 119.200/PR, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe 12/3/14);

“Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória” (HC nº 110.191/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe 6/5/13 – grifos nossos).

Destaco, ainda, de **minha relatoria**, o RHC nº 118.977/MS, Primeira Turma, DJe de 4/4/14; e o HC nº132.600/ES, Segunda Turma, DJe de 30/5/16.

Não se ignora que a questão relativa à valoração de antecedentes decorrentes de penas já extintas há mais de 5 (cinco) anos, para fins de exasperação da pena-base, teve sua repercussão geral reconhecida (RE nº 593.818/SC-RG, de relatoria do Ministro **Roberto Barroso**), não tendo, contudo, sido ainda devidamente debatida no Plenário da Corte.

Entretanto, não há impedimento para prosseguir com o julgamento deste feito, diante da existência dos inúmeros precedentes que já se formaram na Corte em um mesmo sentido a respeito da matéria.

RHC 157227 / MS

Diante desse quadro, considerando que o tema em discussão é objeto de jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 192, **caput**, c/c o art. 312, **caput**, ambos do Regimento Interno da Corte, **dou provimento** ao recurso para **conceder a ordem de habeas corpus** no sentido de afastar a valoração negativa do vetor maus antecedentes, determinado ao juízo de origem que adote as providências necessárias quanto ao refazimento da dosimetria da pena privativa de liberdade imposta ao recorrente.

Publique-se.

Brasília, 28 de maio de 2018.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente