

HABEAS CORPUS Nº 504.823 - MS (2019/0108884-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
MÔNICA MARIA DE SALVO FONTOURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WALMIR VALENCIO DA COSTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. DESPROPORCIONALIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DIANTE DO POTENCIAL LESIVO DA DROGA APREENDIDA (COCAÍNA). AFASTAMENTO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA QUANTIDADE (18G). CONCESSÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS* EM EXTENSÃO DIVERSA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de WALMIR VALENCIO DA COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul proferido no julgamento da Apelação n.º 0004406-40.2017.8.12.0008.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (fl. 253), por manter em depósito 18g de cocaína.

Interposta apelação defensiva, o Tribunal *a quo*, por maioria de votos, negou provimento ao recurso (fl. 321).

Opostos embargos infringentes, foram rejeitados, pelas razões assim sintetizadas na ementa do julgado:

"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ANTECEDENTES – PERÍODO

**DEPURADOR DE CINCO ANOS (ART. 64, I, DO CP) –
INAPLICABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.**

I – Impossível afastar juízo desfavorável da moduladora dos antecedentes com base no período depurador previsto pelo inciso I do artigo 64 do Código Penal, pois tal fato configura lesão ao princípio da legalidade, já que o legislador foi expresso ao estabelecer tal prazo apenas para afastar a reincidência, e também ao princípio da individualização da pena, já que pessoas com histórico de condenações devem receber punição mais rigorosa que aquelas que nunca se envolveram na prática de crimes.

II – Com o parecer, rejeita-se os embargos" (fls. 385; sem grifos no original.)

No presente *writ*, em suma, a Impetrante sustenta haver constrangimento ilegal, sob o argumento basilar de que o registro criminal sopesado em desfavor do Paciente conta com período superior a 10 (dez) anos.

Busca, assim, inclusive em liminar, "[a]fastar os maus antecedentes reconhecidos em desfavor do Paciente (primeira fase dosimétrica), em razão do período depurador, a fim de reduzir a pena-base para 6 (seis) anos e 3 (três) de reclusão e 630 (seiscentos e trinta) dias-multa, perfazendo a pena total de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa" (fl. 17).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 403-405).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem de *habeas corpus*, em parecer que recebeu a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO QUE ATINGIU O PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS. NÃO PODE SER VALORADA COMO REINCIDÊNCIA, PORÉM CONSTITUI (SIC) FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. Parecer pela denegação da ordem." (fl. 415; sem grifos no original.)

É o relatório. Decido.

A questão afeta à possibilidade ou não de aplicar o prazo do período depurador da reincidência aos maus antecedentes mostra-se inquietante na jurisprudência.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de que a **legislação penal é muito clara em diferenciar os maus antecedentes**

da reincidência. O art. 64, do Código Penal, ao afastar os efeitos da reincidência, o faz para fins da circunstância agravante do art. 61, inciso I; não para a fixação da pena-base do art. 59, que trata dos antecedentes. Nesse sentido: RE 901.145 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018 (DJe-237 de 08/11/2018).

De outra parte, pela Segunda Turma da Suprema Corte, quando o agente não pode ser considerado reincidente, **diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes.** A propósito: HC 130.500, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015 (DJe-255 de 18/12/2015).

Inclusive, trata-se de tema pendente de julgamento sob a sistemática da repercussão geral no Pretório Excelso (Tema 150, RE 593.818, Rel. Min. ROBERTO BARROSO). Logo, *"a decisão que opta por uma das correntes não se qualifica como ilegal ou abusiva"* (HC 132.120 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/12/2016 (DJe-041 de 06/03/2017)).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma possuem o entendimento consolidado de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a despeito de não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas como maus antecedentes.

Ilustrativamente: AgRg no HC 471.346/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019 (DJe 27/05/2019); AgRg no HC 471.401/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019 (DJe 10/05/2019).

Não obstante, a Sexta Turma tem mitigado os efeitos das sentenças condenatórias anteriores para o fim de reconhecimento de maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento, diante de grande período de tempo decorrido.

Aliás, essa solução parece encontrar eco na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, ao rechaçar a aplicação do período depurador para maus antecedentes, já afirmou **não se pretender induzir ao raciocínio de que a pessoa que**

já sofreu condenação penal terá registros criminais valorados pelo resto da vida, mas que, havendo reiteração delitiva, a depender do caso concreto, o juiz poderá avaliar essa sentença condenatória anterior.

No caso dos autos, neste ponto, o acórdão impugnado reflete a jurisprudência firme desta Corte Superior e da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, em extensão diversa da pretendida, verifico desconformidade do *decisum* com precedentes desta corte, o que impõe a concessão da ordem de *habeas corpus*. Explico.

O compulsar dos autos revela que a circunstância judicial dos maus antecedentes foi sopesada negativamente com base no Processo Criminal n.º 0004877-81.2002.8.12.0008, no qual o Paciente foi condenado pela prática do delito descrito no artigo 16, *caput*, da revogada Lei n.º 6.368/1976 (posse de droga para consumo).

Vale registrar que, atualmente, esta Corte Superior tem considerado ser desproporcional o delito do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 configurar reincidência.

Aponta o Ministro ROGERIO SCHIETTI que:

"[i]rradiando-se por todo o ordenamento jurídico de um país, o princípio da proporcionalidade, no processo penal, assume importância ímpar, dada a ínsita relação conflituosa e permanente entre o Estado e o indivíduo, vis-à-vis o exercício, por aquele, do ius puniendi, e por este último, do ius libertatis." (Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas; Ed. Juspodivm, 2017, pág. 119).

Embora seja comum verificarmos meros juízos de ponderação sob a rubrica "proporcionalidade", a dogmática mostra que sua utilização deve se valer de três máximas cumulativas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, afirma EDILSON MOUGENOT BONFIM:

"A atuação do Estado, portanto, deve ser proporcional, mas uma proporcionalidade, insista-se, obtida através de um método científico. A proporcionalidade, assim, consubstancia-se em três subprincípios – também denominados 'teste alemão' –, que devem ser concomitantemente ou sucessivamente atendidos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito" (Curso de Processo Penal; Ed. Saraiva, 2017, pág. 116; sem grifos no original.)

No caso em apreço, embora se possa admitir a adequação do manejo de registros penais atingidos pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal a título de maus antecedentes, bem como a necessidade de individualizar a pena, **mostra-se claramente excessivo, tendo em vista a ínfima ofensividade do delito de posse de droga para consumo do art. 16, caput, da revogada Lei n.º 6.368/1976 (atual art. 28 da Lei n. 11.343/2006)**, que nem sequer induz ao encarceramento, portanto, ausente a proporcionalidade em sentido estrito.

Fixadas essa premissas, passo à dosimetria da pena, razão pela qual trago à colação a individualização da pena realizada pelo Juízo sentenciante e mantida pelos posteriores acórdãos:

"Analisando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade excede a normalidade da conduta prevista no tipo penal, porquanto o réu traficou, estando evadido do sistema prisional, demonstrando desprezo com as leis e sua intenção de ressocialização; o réu é possuidor de maus antecedentes, conforme nota-se da incidência n. 1 (f. 107-108), que não configura reincidência; não há elementos nos autos capazes de aferir sua conduta social ou sua personalidade, de modo que não lhe prejudicam; os motivos da prática da infração penal não lhe prejudicam, pois comuns à espécie, qual seja a intenção de lucro fácil e rápido; as circunstâncias não destoam da normalidade; as consequências do crime são comuns à espécie; o comportamento da vítima, no caso toda a sociedade, em nada contribuem para a prática do delito. É de se considerar como desfavorável ao réu, inclusive com preponderância, a natureza da droga apreendida, constatada como sendo cocaína, de considerável potencial lesivo, atentando-se, pois, para as diretrizes do artigo 59, do Código Penal e artigo 42 da Lei n. 11.343/2006. A quantidade da droga não pode ser considerada expressiva para fins de traficância.

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e presente a agravante da reincidência (f. 105-106). Assim, agravo a pena em um ano e quatro meses de reclusão e o pagamento de cento e trinta e três dias-multa. Portanto, fixo a pena intermediária em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

Considerando que na terceira fase da fixação da pena não há fatores a serem sopesados, torno definitiva a pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

Não há elementos hábeis para se aferir a capacidade econômica do acusado, de modo que o valor do dia-multa deve ser fixado no mínimo

legal, a saber, em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente na data dos fatos, devidamente atualizado pelo IGPM.

O regime de cumprimento da pena deve ser o inicialmente fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, 'a', do Código Penal, em razão do quantum da pena, pelo fato de o acusado ser reincidente e o crime de tráfico de drogas ser equiparado a hediondo." (Fls. 251-252; sem grifos no original.)

Com efeito, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas do tráfico de drogas. Contudo, no caso, **o potencial lesivo da droga apreendida (cocaína) não é motivação bastante para a exasperação da pena-base, considerando a não expressiva quantidade apreendida (18g), o que impõe, de ofício, o afastamento da vetorial (natureza da droga).**

Na primeira etapa, afasto a circunstância judicial dos maus antecedentes (relativo ao delito de posse de droga para consumo do art. 16, *caput*, da revogada Lei n.º 6.368/1976) e da natureza da droga apreendida (18g de cocaína) para readequar a elevação da pena-base em 1 (um) ano, mantida a proporcionalidade, chega-se a 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, mantenho a agravante da reincidência na fração de 1/6, (um sexto) exasperando a pena intermediária em 7 (sete) anos de reclusão, além de 700 (setecentos) dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas modificativas, **torno a pena definitiva no patamar de 7 (sete) anos de reclusão, além de 700 (setecentos) dias-multa**, mantidos os demais aspectos.

Ante o exposto, em extensão diversa, **CONCEDO A ORDEM de habeas corpus**, em extensão diversa, para redimensionar a reprimenda do Paciente em 7 (sete) anos de reclusão, bem como 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais aspectos da dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de junho de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora