

## HABEAS CORPUS 178.185 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES  
PACTE.(S) : \_\_\_\_\_  
IMPTE.(S) : MARCOS AURELIO DE SOUZA SANTOS  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 543.021 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Marcos Aurélio de Souza Santos, em favor de \_\_\_\_\_, contra decisão monocrática de Ministro Relator do STJ, nos autos do HC 543.021/MG.

Colho da decisão impugnada:

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de \_\_\_\_\_ contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0267.17.003109-5/001).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 16 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, c/c o 40, III, e 35 c/c o 40, III, todos da Lei n. 11.343/2006, em concurso material (e-STJ fls. 29/70).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para absolver a paciente da prática do crime de associação para o tráfico e reduzir a pena aplicada o crime de tráfico de drogas para 8 anos e 4 meses de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 81/93).

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados (e-STJ fls. 104/109).

No presente mandamus (e-STJ fls. 3/28), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois reconheceu como maus antecedentes condenações depuradas pelo decurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Afirma que os antecedentes utilizados deve ser desconsiderados, sob pena de ser conferido

caráter perpétuo às condenações previamente sofridas. Em consequência do afastamento dos maus antecedentes, entende que a pena-base da paciente deve ser reduzida ao patamar mínimo legal, a minorante aplicada em seu patamar máximo e o regime inicial abrandado, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena da paciente seja reduzida, com adequação do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. É o relatório. Decido. (eDOC 8)

No STJ, o *habeas corpus* não foi conhecido.

Nesta Corte, o impetrante reitera os fundamentos e pedidos formulados naquele Tribunal.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, registro que o mérito da controvérsia não foi apreciado pelo *colegiado* do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a apreciação por esta Corte resultaria em **supressão de instância**.

Segundo jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou inexistindo prévia manifestação das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido. Nesse sentido: HC-AgR 131.320/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 10.2.2016; HC 140.825/PR, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJe 3.3.2017; e HC 139.829/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 8.3.2017.

Evidentemente, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, inciso XXXV, CF), a aplicação desse entendimento jurisprudencial pode ser afastada na ocorrência de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder, **o que verifico no presente caso, apenas com relação à valoração dos maus antecedentes**.

No caso, o STJ, ao julgar o *habeas corpus*, registrou:

“Busca-se, em síntese, o afastamento do desvalor atribuído aos antecedentes da paciente e, em consequência, a redução da pena-base, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena.

Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes. (eDOC 8, p. 4)

Embora a controvérsia esteja submetida à análise em sede de repercussão geral, há jurisprudência de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que penas extintas há mais de cinco anos não podem ser valoradas como maus antecedentes:

“Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. **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, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.** 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida.” (HC 126.315, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 15.9.2015)

No mesmo sentido: HC 137.173, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 4.10.2016; HC 128.153, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10.5.2016; HC 133.077, Rel. Min. Cármel Lúcia, Segunda Turma, julgado em 29.3.2016.

Transcrevo a ementa de **julgado da Segunda Turma, de relatoria da Ministra Cármem Lúcia**:

*"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Condenação transitada em julgado há mais de cinco anos utilizada nas instâncias antecedentes para consideração da circunstância judicial dos antecedentes como desfavorável e majoração da pena-base. Impossibilidade. Precedentes. 2. Ordem concedida. (HC 133.077, Rel. Min. Cármem Lúcia, Segunda Turma, j. 29.3.2016)*

Há, inclusive, julgados da **Primeira Turma**, em que se decidiu, de forma unânime:

*"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Interposição contra julgado em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário cabível. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos. (...) 2. Quando 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. Precedentes. 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido". (RHC 118.977, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 18.3.2014)*

**"RECURSO ESPECIAL – REDISCUSSÃO FÁTICA –**

INADMISSIBILIDADE. Descabe ao Superior Tribunal de Justiça, na via afunilada do especial, revolver matéria fática. ANTECEDENTES – CONFIGURAÇÃO. **Decorridos mais de cinco anos desde o cumprimento da pena, o afastamento da reincidência inviabiliza o reconhecimento dos maus antecedentes**”. (HC 115.304, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 26.4.2016)

Conforme recentemente assentado pelo eminente Ministro Celso de Mello, “*decorrido o período de 05 (cinco) anos referido pelo art. 64, I, do Código Penal, não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de condenações anteriores. Em face disso, mostrar-se-á ilegal qualquer valoração desfavorável, em relação ao acusado, que repercuta, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal, tal como sucedeu no caso ora em exame*”. (**HC-MC 164.028**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 22.11.2018)

Cito, ainda, precedente da Segunda Turma desta Corte, que, em sessão encerrada em **22.2.2019**, negou provimento ao agravo regimental da PGR, em acórdão assim ementado:

“Agravo regimental no habeas corpus. 2. Recurso da PGR. Pena extinta há mais de cinco anos. Afastamento de maus antecedentes. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte. 3. Agravo desprovido. (HC 152022 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 28.2.2019)

Assim, superada a controvérsia quanto ao afastamento da valoração negativa dos maus antecedentes, passo à análise do pedido de aplicação do redutor.

O redutor foi afastado **apenas porque a paciente teria contra si uma condenação anterior**, com pena extinta há mais de cinco anos, que ora é afastada, de maneira a abrir a possibilidade para a aplicação da minorante.

Arecio a fundamentação constante do acórdão, no particular:

“Assim, não obstante não haja demonstração nos autos de que a ré se dedicava à atividade criminosa ou integrava organização de mesma natureza, em razão da sua condição

pessoal desfavorável, ela não faz jus ao benefício do art. 33, § 4º da Lei especial, por não preencher os requisitos legais para tanto. (eDOC 4, p. 10)

De início, ressalto que são requisitos para concessão da causa de diminuição de pena, segundo os termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: (i) ser o agente primário; (ii) possuidor de bons antecedentes; (iii) não se dedicar a atividades criminosas; e (iv) não integrar organização criminosa.

A previsão da redução de pena contida no § 4º do artigo 33 tem como fundamento distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família.

Assim, para legitimar a não aplicação do redutor é essencial fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais.

***In casu, a paciente foi presa com 28 gramas de maconha. (eDOC 2, p. 2)*** Como o redutor não foi aplicado apenas em razão da valoração negativa dos antecedentes, é caso de aplicação.

**Com relação ao regime inicial de cumprimento da pena**, verifico que foi fixado o inicial fechado em razão dos maus antecedentes e em virtude do quantum da pena (8 anos e 4 meses).

Afastada a valoração negativa em razão dos maus antecedentes e aplicado o redutor, não há fundamento legítimo para a manutenção do regime inicial fechado.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tenho que não assiste razão ao impetrante. Isso porque a pena da paciente sofreu majoração de 2/3 (dois terços), em virtude de seu alto grau de reprovabilidade, em razão de sua tentativa em ingressar em estabelecimento prisional com o psicotrópico.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** para determinar ao juízo de origem que seja **refeita a dosimetria, com a desconsideração da valoração negativa das condenações anteriores** atingidas pelo art. 64, I, do Código Penal.

Determino, ainda, seja **aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º**, da Lei de Drogas, em fração a ser definida, *fundamentadamente*, pelo Juízo de primeiro grau, bem como **seja alterado o regime inicial** conforme fundamentação supra, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

**Comunique-se com urgência.**

Publique-se.

Brasília, 11 de novembro de 2019.

**Ministro Gilmar Mendes**

Relator

*Documento assinado digitalmente*