

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 530.843 - SP (2019/0261587-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVANNYSON MAYLSON MARTINS SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de IVANNYSON MAYLSON MARTINS SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito de furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do Código Penal), à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão em regime semiaberto.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa conforme acórdão de fls. 16/22.

No presente *writ*, o impetrante sustenta que condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos não configuram maus antecedentes; mesmo que referentes a condenações distintas, o reconhecimento de maus antecedentes e reincidência constitui indevido *bis in idem*; é cabível o regime aberto e a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, embora haja reincidência.

Requer a concessão da ordem nesse sentido, inclusive em liminar.

Medida liminar indeferida conforme decisão de fls. 37/38. Parecer ministerial de fls. 42/44 pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício.

São estes os fundamentos da sentença condenatória e do acórdão recorrido, *litteris*:

sentença:
"[...]"

Superior Tribunal de Justiça

Passo a dosagem da pena. Tendo em vista as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, fixo a pena 1/6 acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes (fls.89-90 - execução n° 1), atingindo 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na segunda etapa, diante da reincidência do acusado (fl. 90 - execução n° 2) e da atenuante da confissão, a pena permanece inalterada, tornando-se definitiva. O valor do dia-multa será o unitário mínimo. O regime penitenciário inicial será o semiaberto face aos péssimos antecedentes do réu. Pela mesma razão, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido formulado na ação penal para CONDENAR IVANNYLSON MAYLSON MARTINS SILVA, qualificado nos autos, à pena de 02 anos e 04 meses, em regime inicial semiaberto, e a pagar 11 dias multa, no unitário mínimo, por incursão no inciso II do parágrafo 4.º do art. 155 do Código Penal. Faculto ao réu o direito de recorrer em liberdade. Com o trânsito em julgado, inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados."

acórdão:

"[...]

A majoração das básicas foi adequada ao caso concreto e bem fundamentada, ao contrário do sustentado nas razões recursais. O d. Magistrado considerou, para tanto, os critérios estabelecidos no artigo 59, do Código Penal, especialmente os maus antecedentes. De fato, o apelante possui condenações anteriores definitivas, a denotar inclinação para o crime e resistência ao cumprimento da lei.

Exacerbação maior, por conta dos antecedentes, da personalidade do agente e das consequências do crime, entre outros, são fatores que influenciam o estabelecimento da pena-base.

E, ao contrário do sustentado pela Defesa, inexistente bis in idem pela consideração de registros desfavoráveis para fins de maus antecedentes e de outros para fins de reincidência. O que não se admite é a dupla valoração de um mesmo fato para fins diversos, o que, a toda evidência, não ocorreu.

O réu efetivamente ostenta maus antecedentes, eis que possui uma condenação apta a gerar reincidência (Processo n° 15840/2009 - fls. 90) e uma condenação que caracteriza maus antecedentes (Processo n° 311/2007 - fls. 89/90).

Já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que "É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio ne bis in idem." (HC 117.993/SP, Rei. Min. Haroldo Rodrigues, Desembargador convocado do TJ/CE), Rei. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 08/03/2010).

Cumpra observar que condenação antiga não gera

Superior Tribunal de Justiça

reincidência. O decurso do tempo, contudo, não apaga o fato, que continua sendo episódio ante acta relevante, que não pode ser considerada para efeito de reincidência, mas deve ser considerada a título de maus antecedentes (RHC 83547/SP, 1ª T, Rei. Min. Carlos Britto J. 21/10/2003).

E, quanto à condenação no Processo nº 15840/2009, é certo que não ocorreu o período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, uma vez que o crime apurado nestes autos foi praticado em 10 de fevereiro de 2018, antes de completados os cinco anos da data em que cumprida a sanção imposta naqueles autos (fls. 90).

No tocante ao regime prisional, inegável que o réu foi beneficiado com a fixação do regime intermediário, com o que concordou a acusação. Os maus antecedentes, bem como a recidiva do apelante, por expressa determinação legal, impõe seja fixado o regime mais gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 33, do CP)."

Razão não assiste ao impetrante.

O art. 64, I, do Código Penal dispõe que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Tais condenações, no entanto, podem configurar maus antecedentes e, assim, justificar o aumento da pena-base, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte. Nesse sentido, os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, NATUREZA E MAUS ANTECEDENTES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA MERCANCIA NOS REFERIDOS LOCAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, 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, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido (HC 359.467/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/08/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAJORAÇÃO NO TRIBUNAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR PARA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SEIS MESES. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

2. A redução da pena em seis meses, em razão da atenuante de confissão espontânea, resultou de uma valoração feita pelo julgador; ademais, a quantidade de seis meses encontra-se dentro da razoabilidade, sendo desnecessária a intervenção desta Corte a respeito.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 508.791/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 26/10/2015).

Noutro vértice, no caso em apreço, o paciente ostenta mais de uma condenação penal anterior transitada em julgado, sendo cediço que jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que, levando-se em conta a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o *bis in idem*, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como para aumentar a pena na segunda fase em vista da reincidência.

Ilustrativamente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. CONDENAÇÕES DISTINTAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. PATAMAR RAZOÁVEL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO

Superior Tribunal de Justiça

CONHECIDO.

[...]

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base em 6 anos e 6 meses de reclusão, atentas a valoração negativa dos antecedentes do paciente, o que não se mostra desproporcional, uma vez que consideradas quatro condenações transitadas em julgado.

4. O STJ firmou entendimento de que a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valoradas na segunda. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda final do paciente para 8 anos, 10 meses e 5 dias de reclusão (HC 298.050/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/3/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES TENTADO E FALSA IDENTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ELEVADO VALOR DA RES FURTIVA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PACIENTE COM QUATRO CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. PENA MAJORADA POR MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. VIABILIDADE. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. QUANTUM DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

VI - Tendo o réu diversas condenações transitadas em julgado anteriormente aos fatos narrados na exordial acusatória, duas delas utilizadas para valorar os antecedentes e a conduta social do paciente, e uma delas a título de reincidência na segunda fase da dosimetria, não há qualquer ilegalidade a ser sanada.

[...].

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, redimensionar a pena imposta ao paciente (HC 342.158/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2016, DJe 26/2/2016).

A fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de

Superior Tribunal de Justiça

circunstância judicial desfavorável, justifica a aplicação de regime mais gravoso, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como à jurisprudência pacífica desta Corte.

Portanto, no caso, não há ilegalidade na adoção do regime intermediário.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO [...]

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DO DELITO. FUNDAMENTO IDÔNEO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. ILEGALIDADE INEXISTENTE. [...]

REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, justifica a imposição de regime prisional mais severo.

2. Na hipótese, a Corte de origem fundamentou concretamente a necessidade do modo fechado, não havendo falar em ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 337.628/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).

Por último, mantido o desvalor das circunstâncias judiciais, não se mostra cabível a substituição da pena, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator