

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 541.266 - SP (2019/0316823-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUIZ ROBERTO DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de LUIZ ROBERTO DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na (Apelação Criminal n. 0002418-77.2018.8.26.0066).

Consta dos autos que o paciente foi sentenciado à pena 9 (nove) meses de prestação de serviços comunitários e 2 anos, 2 meses e 20 dias de detenção por infração ao art. 28 da Lei n. 11.343/06 e 163, III, do CP, em regime semiaberto (uso de entorpecentes e destruição de patrimônio público).

Foi interposta apelação perante o TJSP, tendo sido desprovida em acórdão assim ementado:

**PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL, DANO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.**

*Arguida preliminar de nulidade por inépcia da denúncia, com pleitos de absolvição do dano qualificado com base no princípio da insignificância e do porte de drogas para consumo pessoal com frase nos vetores da não criminalização da autolesão e nos princípios do Direito Penal Mínimo. Sustentada a tese jurídica da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Visada mitigação das penas do dano qualificado, com redução das iniciais ao piso, abrandamento das intermediárias pela compensação, parcial ou total, entre a reincidência e a confissão, abrandamento do regime inicial para a forma do aberto e substituição da pena afliitiva por restritiva de direitos. Descabimento.*

*1- Impertinência do tópico inicial*

*Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Endereço indicado conforme os dados das peças policiais. Defesa do réu a partir dos fatos. Local como elemento accidental no bojo das acusações. Art. 41 do CPP. Inexistência de criptoimputação. Ampla defesa viabilizada no caso. Preliminar afastada.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

2- *Cabimento na condenação pelo dano qualificado. Materialidade apoiada nas provas periciais. Autoria certa. Assertividade dos testemunhos policiais.*

*Princípio da insignificância.*

*Inadmissibilidade na tutela de bens jurídicos primários, relativo ao patrimônio público. ínsita lesividade à conduta do réu, que arremessou um tijolo contra viatura, quase ferindo dois milicianos, com o intuito de obstar a perseguição de um conhecido traficante de drogas, que logrou empreender fuga das forças policiais.*

3- *Constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Inexistência de declaração formal, pelo C. STF, da incompatibilidade do tipo penal com a Carta Magna de 1988. Lógica da autolesão equilibrada com o vetor internacional de repressão ao tráfico de drogas. Integridade física. Saúde pública. Indisponibilidade dos bens jurídicos envolvidos. Condenação acertada, ora mantida.*

4- *Dimensionamento punitivo aqui preservado. A) Pena-base. Maus antecedentes. Periculosidade. Motivação do crime. Atuação como "olheiro" do tráfico de drogas. No dano. conduta praticada com o fim de impedir legítima atividade*

*persecutória empreendida pelas forças de segurança pública, assegurando a impunidade a um chefe do tráfico de drogas do local. Elevação proporcional. - B) Penas na segunda fase. Reincidência. Condenação por duplo homicídio qualificado. Crime hediondo. Aumento em 1/3. Posterior redução em 1/6, ante a confissão integral, que contribuiu à elucidação dos fatos. Proporcionalidade quanto ao dimensionamento das penas, com base no peso de cada fator técnico analisado. Frações mantidas. - C) Regime semiaberto. Art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c art. 59, III, do CP. Adequado, conforme determinado pela lei penal aos reincidentes, e em reflexo à gravidade concreta. - D) Substituição da pena corporal. Art. 44, II e III, do CP. Malgrado não haja reincidência específica, o caso concreto revela a insuficiência das penas "alternativas", inadequadas aos fins punitivo e dissuasório.*

*Negado provimento.*

Na presente impetração, sustenta a defesa flagrante ilegalidade na dosimetria da pena do paciente. Assegura que na primeira fase a pena foi dosada de forma exacerbada, pois aumentada no quádruplo em razão da maior periculosidade e pelo fato de o paciente ter dado dinheiro e drogas para obstar a ação policial. Afirma que a personalidade também foi negativamente por suposto trabalho no tráfico de drogas, sem que se tenha prova concreta do alegado. Aduz, também, que as certidões utilizadas para indicar conduta social desfavorável ao paciente não são hábeis para tanto. Aduz, por fim, que na segunda fase foi mantido o

# Superior Tribunal de Justiça

aumento de 1/3 pela reincidência sem fundamento para aplicação de fração maior que o mínimo exigido e que devem ser compensadas a reincidência e a atenuante da confissão.

Requer, em liminar, seja concedida liberdade provisória ao paciente. No mérito, pugna pelo redimensionamento da pena imposta ao paciente nas primeira e segunda fases da dosimetria, afastando as circunstâncias desfavoráveis e compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Medida liminar indeferida conforme decisão de fls. 107/109.

Informações prestadas às fls. 116/119.

Parecer ministerial de fls. 164/166 pela denegação da ordem.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Para melhor compreensão da controvérsia, são estes os pertinentes trechos da sentença de primeiro grau:

*"[...]"*

*Apurada a responsabilidade, passo a dosar a pena.*

***Artigo 28 da Lei nº 11.343/06.***

*Sopesados os critérios estabelecidos nos art. 59 e 60 do Código Penal e do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, fixo a pena base acima do mínimo legal ante as seguintes circunstâncias judiciais.*

***A primeira, o réu admitiu que trabalhava para o tráfico de drogas, como olheiro; a segunda pela conduta social desfavorável, voltada à prática delitiva (certidões condenatórias fls. 202/203 – Processo nº 0009168-66.2016; e fls. 203 – Processo nº 0000478-30.2016). A atenuante permite a diminuição da pena, a qual é majorada pela reincidência (certidão condenatória de fls. 190 – Processo nº 0007132-42.2002 – execução penal nº 568.980/1).***

*Deixo de aplicar a pena de advertência, a qual se mostra ineficaz e inócua ante o acima exposto. Assim, fixo a pena em 09 meses de prestação de serviços à comunidade. Ausentes outras causas modificativas, torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação.*

***Artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal.***

*Sopesados os critérios estabelecidos nos artigos 59 e 60 do Código*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Penal, fixo a pena base em 02 anos ante as seguintes circunstâncias judiciais.*

*A primeira, o réu admitiu que trabalhava para o tráfico de drogas, como olheiro, fato este a demonstrar a maior periculosidade dele e dedicação à atividade criminoso; a segunda, pela conduta social desfavorável, voltada à prática delitiva (certidões condenatórias fls. 202/203 – Processo nº 0009168-66.2016; e fls. 203 – Processo nº 0000478-30.2016); e terceira por ter praticado o crime mediante pagamento de dinheiro e drogas, com a finalidade de obstar a ação policial, no encalço de conhecido traficante desta urbe, Gimenez. A atenuante permite a diminuição da pena em 1/6. A reincidência autoriza a majoração da pena em 1/3 (certidão condenatória de fls. 190 – Processo nº 0007132-42.2002 – execução penal nº 568.980/1). Assim, a pena é estabelecida em 02 anos, 02 meses e 20 dias de detenção e ao pagamento de e 44 dias-multa. Ausentes outras causas modificativas, torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação.*

*Por força do concurso material, passo a somar as penas, as quais totalizam 09 meses de prestação de serviços à comunidade e 02 anos, 02 meses e 20 dias de detenção e a o pagamento de e 44 dias-multa.*

*Posto isto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para condenar o réu LUIZ ROBERTO DA SILVA à pena de 09 meses de prestação de serviços à comunidade e 02 anos, 02 meses e 20 dias de detenção e ao pagamento de 44 dias-multa, como incurso no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e artigo 163, parágrafo único, III, na forma do artigo 69, caput, ambos do Código Penal.*

*Denego ao acusado o direito de apelar em liberdade ante a reincidência ostentada por ele e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como por estarem presentes os requisitos caracterizadores da prisão preventiva, quais sejam, a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, a elidir eventual fuga à aplicação da pena imposta. Ademais, o acusado permaneceu preso durante toda a instrução processual, de modo que agora condenado, sua soltura configurar-se-ia em contrassenso."*

*Por oportuno, transcrevo os seguintes fundamentos do aresto hostilizado,*

*litteris:*

*"[...]*

*Passo às penas, analisando, ainda, os demais pleitos formulados.*

*[...]*

*O dimensionamento das reprimendas é correto e não comporta reparos. Não vislumbro, aqui, margem para aceder aos pleitos subsidiários da Defesa, os quais ora INDEFIRO.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Incremento bem justificado das penas iniciais, diante do cipoal de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Bem fundamentada, a sentença atende ao primado da motivação idônea (artigo 93, IX, da Carta Magna de 1988), reconhecendo em desfavor do apelante a confluência de conduta social e personalidade amplamente reprováveis (por já ostentar outras condenações criminais, ainda que não definitivas em grau recursal o que não inquina o critério subjetivo citado, pois até indiferente para o caso, em princípio), além da evidenciada periculosidade, em vista de sua atuação como sequeiro do tráfico de drogas, sem se olvidar a finalidade do crime, a de obstar a atividade persecutória do Estado, com dano ao patrimônio público, no caso em particular daquele último crime (as demais circunstâncias sendo compartilhadas pelo delito de posse de drogas para uso pessoal). No caso do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, inclusive, vale destacar que, com o acusado, foram encontradas três espécies distintas de droga, duas delas (cocaína e “crack”) de especial gravidade, além de vários apetrechos (cinco cachimbos, um pires, dois isqueiros, além de vinte e um pinos vazios) relativos ao uso de entorpecentes, daí a pertinência do maior incremento punitivo também nesse último caso, surgindo indiferente, até, repita-se, eventuais passagens anteriores.*

*Evidente, pois, o caráter inócuo da sanção de advertência, o que demonstra a adequação da pena, exasperada, de prestação de serviços à comunidade, fixada na sentença.*

*Multiplicando-se, pois, os fatores desfavoráveis na fase inicial da dosimetria, não há razões para se desprestigiar o elastério do Juízo monocrático, reconduzindo-se as penas ao mínimo, sob pena de aviltar o processo de individualização das penas, ferindo-se a lógica da isonomia que, de forma oblíqua, comportaria maior prejuízo aos que realmente merecessem uma resposta penal mais branda.*

*Na segunda fase, presente a reincidência, assim como a confissão judicial integral, ambas sopesadas.*

*Bem considerada a atenuante, porquanto as declarações prestadas pelo acusado em juízo, não tendo obtemperado a verdade real dos fatos, contribuíram à elucidação do caso.*

*Pela ordem, foram aplicadas as frações de 1/3 (no primeiro caso) e 1/6 (no segundo). Com acerto. Não haveria como se operar uma compensação total ou parcial, com elevação máxima em 1/6, tal como postulado no arrazoado. No caso da atenuante, não haveria como se lhe aplicar maior margem redutora, por não haver respaldo legal para tanto. No que se refere à agravante, correta a aplicação de uma fração exasperada: a condenação que a embasa refere-se a um duplo homicídio qualificado, um crime hediondo, portanto, com penas impostas em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão (fls. 190). O gradiente aplicado reflete, por conseguinte, na lógica da proporcionalidade das sanções, a estipulação de um patamar*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*exasperado que corresponde à gravidade da condenação pretérita, tornando a atender ao primado da individualização das penas.*

*Nada a ser considerado na terceira fase, para nenhum dos dois delitos.*

*No que diz respeito ao regime inicial fixado, considero adequado o semiaberto, descabendo o abrandamento para a modalidade mais branda. Em se tratando de condenado reincidente, ainda que não seja hipótese do artigo 44, § 3º, do Código Penal, deve preponderar a regra do artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal, tendo-se, por regra, a fixação do aberto para o condenado primário. Ademais, evidente que, diante das já apontadas circunstâncias reveladoras da gravidade concreta, permeando fatos de gravidade agudizada, não se poderia reputar como adequado o regime mais brando (artigo 33, § 3º, c/c artigo 36, c/c artigo 59, III, do Código Penal), que, como bem ensina o melhor escólio penalista, é pautado no senso de responsabilidade e na autodisciplina do condenado. Na hipótese presente, considerando-se a autodeclarada toxicodependência associada à atuação concreta com o tráfico na prática do dano qualificado, e a dedicação do réu a atividades criminosas, exibindo periculosidade, além de personalidade e conduta social de sabonadores, não haveria margem legal ao regime mais brando. E, ainda, com fundamento no artigo 44, II e III, do Código Penal, tampouco se mostra viável a substituição da pena afliitiva por restritiva de direitos. Do quanto visto na espécie, somam-se os fatores da reincidência e da conduta social desabonadora, o que faz supor pelo elevado risco da recidiva, a tornar socialmente desaconselhável a estipulação de penas restritivas de direitos que, na espécie, não atenderiam às finalidades punitiva e dissuasória do Direito Penal.”*

Da leitura atenta dos excertos transcritos, entendo haver ilegalidade na fixação da pena-base passível de reparos de ofício. Com exceção do vetor culpabilidade, que foi incrementado de forma suficientemente fundamentada, o vetor conduta social devem ser decotados de ambas as dosimetrias.

É que é firme nesta Corte Superior o posicionamento jurisprudencial de que inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados para fins de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para elevação da pena-base, em razão do princípio da presunção de inocência. Referida orientação consta do enunciado n. 444 da Súmula deste STJ:

*“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.*

# Superior Tribunal de Justiça

De mais a mais, segundo a doutrina relativamente à circunstância judicial da **conduta social**, *"deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora"* (Código Penal Comentado, Guilherme de Souza Nucci, 11ª edição, RT, pg. 427).

Na mesma linha se encontra a jurisprudência desta Corte Superior, na qual é firme no sentido de que:

*"A circunstância judicial da conduta social compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos"* (HC 358.951/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 5/5/2017);

*"A circunstância da conduta social, por sua vez, refere-se ao estilo de vida do réu e o seu comportamento perante a sociedade, a família, o ambiente de trabalho, a vizinhança, dentre outros aspectos de interação social"* (HC 298.130/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/8/2017);

*"Não obstante, é a vetorial conduta social aferida pela inserção do agente em seu grupo social (família, vizinhança, trabalho, escola etc.) e nesse limite nada se apontou de reprovável"* (HC 31.218/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 4/12/2014).

Impende acrescer que não há reparos na dosimetria do crime do art. 28 da Lei n. 11.343/06, além do afastamento do incremento da circunstância conduta social, o aumento dado *"por ter praticado o crime mediante pagamento de dinheiro e drogas, com a finalidade de obstar a ação policial, no encalço de conhecido traficante desta urbe, Gimenez"*, posto sobejamente idôneo e escoreito tal fundamento.

Noutro vértice, em relação ao alegado constrangimento decorrente do não reconhecimento da compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, tem-se que o *writ* merece, outrossim, acolhimento no ponto.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil – CPC,

# *Superior Tribunal de Justiça*

firmou o entendimento de ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 17/4/2013).

Sendo assim, mostra-se cabível a compensação integral, ainda que se trate de reincidência específica.

Ilustrativamente:

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. DOSIMETRIA. ALEGADA ILEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

**1. Apesar da multirreincidência do réu, o magistrado de primeira instância, ratificado pela Corte local, optou por utilizar uma condenação transitada em julgado na primeira fase da dosimetria da pena, enquanto a outra foi valorada na segunda etapa da aplicação da pena (reincidência), motivo pelo qual se admite a sua compensação integral com a atenuante da confissão espontânea, sob pena de bis in idem.**

**2. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 412.154/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 6/6/2018).**

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. PENA-BASE. PREMEDITAÇÃO NA COMPRA DA ARMA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

(...)

**6. O concurso entre circunstâncias agravante e atenuante de idêntico valor redunde em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.**



# Superior Tribunal de Justiça

***Outrossim, recentemente, em 11/10/2017, a Terceira Seção, no julgamento do Habeas Corpus 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.***

8. Não se infere qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda aos três pacientes, pois, nada obstante ser a pena inferior a 8 anos de reclusão e superior a 4 anos, todos possuem circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que seria suficiente para a manutenção do regime fechado. Ressalte-se que Adeildo ainda é reincidente.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir as penas dos pacientes Juraci e Fabrício para 5 anos e 8 meses de reclusão; e a do paciente Adeildo para 7 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão.

(HC 417.236/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 2/4/2018)

Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação (HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

Confira-se, a propósito, o teor da Súmula n. 545/STJ:

*Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.*

Passo ao redimensionamento das penas.

Em relação à sanção para conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, afastada a consideração desfavorável relativa a conduta social reconhecida na sentença condenatória e mantida as referências à variedade de drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) e das circunstâncias do delito, no qual o paciente "***admitiu que trabalhava para o tráfico de drogas, como olheiro, fato este a demonstrar a maior periculosidade dele e dedicação à atividade criminosa***", reduziu para 6 meses o período de prestação de serviços à comunidade.

Em relação ao crime do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, adotando os mesmos critérios das instâncias ordinárias afastada uma entre as três

# *Superior Tribunal de Justiça*

circunstâncias judiciais desfavoráveis deve a pena-base ser reduzida para 1 ano e 6 meses de detenção, mais 20 dias-multa. Compensada integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea na segunda fase, torno a pena definitiva diante da ausência de causas de aumento ou diminuição, mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, não conheço da impetração. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reduzir às penas impostas para 6 meses o período de prestação de serviços à comunidade (art. 28 da Lei n. 11,343/2006) e para 1 ano e 6 meses de detenção, mais 20 dias-multa (art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal), mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator