

HABEAS CORPUS Nº 535.168 - SP (2019/0285747-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDECIR SOARES DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **VALDECIR SOARES DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido em primeiro grau, tendo sido condenado pela Corte Estadual, à pena de 4 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, em regime prisional fechado, mais o pagamento de 21 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 155, §§ 1º e 4º, IV, do CP. O aresto restou assim ementado:

"Furto de semoventes praticado em concurso de agentes, durante o repouso noturno. Comprovação inequívoca da responsabilidade do agente Reforma da decisão absolutória para condenar o acusado nos termos da denúncia.

Apelo ministerial provido." (e-STJ, fl. 44).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que não deve prevalecer o aumento da pena-base em razão do reconhecimento dos maus antecedentes do paciente, uma vez que em desacordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “os efeitos da condenação não podem se perpetuar no tempo. Assim, superado o período depurador da reincidência, não há que se falar, também, em maus antecedentes” (e-STJ, fl. 6).

Pugna, assim, pelo afastamento dos maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base no mínimo legal, e o abrandamento do regime prisional.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 121-126).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos do acórdão da apelação:

"[...] Passa-se à dosimetria.

Fixam-se as bases 1/5 acima do mínimo, partindo-se de 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa, em razão dos maus antecedentes (fls. 135 e 141/8).

Realmente, esses antecedentes demonstram inclusive, personalidade voltada para o crime, especialmente de ordem patrimonial, em ostentando o acusado nada menos do que quatro execuções, isso sem falar nos apontamentos negativos (fls. 120/38).

Na sequência, pela dupla reincidência específica (fls. 132, 136/7 e 141/8 processos 7000012-18.2009.8.26.0344 e 7000098-93.2010.8.26.0201), procede-se a elevação de 1/3, alcançando-se 03 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão e 16 dias-multa.

A especificidade da recidiva e a duplicidade de circunstância autorizam a fração utilizada.

Por fim, pela causa de aumento do § 1º do art. 155 do CP, pratica-se nova elevação de 1/3, findando a reprimenda em 04 anos, 03 meses e 06 dias de reclusão e 21 dias-multa, diária mínima.

E bem delineada essa causa, pois o delito foi praticado no período noturno, como visto, o que bastante à configuração da causa especial de aumento de pena.

(...)

Estabelece-se o regime fechado, sopesado o frequente envolvimento do apelante com a criminalidade, e sua condição de reincidente, que bem demonstram sua personalidade desvirtuada, não recuperada pelos períodos que permaneceu no cárcere por delitos anteriores, a tornar imperiosa a fixação do regime mais severo." (e-STJ, fls. 46-48).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

In casu, verifica-se que a pena-base do paciente foi exasperada a título de maus antecedentes.

Quanto aos maus antecedentes do paciente, apesar de a questão estar pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes, como ocorrido na hipótese.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR. ENTENDIMENTO ATUAL DO STJ QUE

AFASTA A REINCIDÊNCIA E OS MAUS ANTECEDENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção. Questão pendente de revisão pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Não obstante, quando se trata de condenação pelo art. 28 da Lei de Drogas (cuja constitucionalidade está em discussão no Supremo Tribunal Federal), esse entendimento tem sido mitigado para afastar tal circunstância como motivação válida para caracterizar tanto a reincidência quanto maus antecedentes. Precedentes: HC 519.401/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019; AgRg no REsp 1776781/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 13/03/2019; (REsp n. 1.672.654/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018.

3. Segundo o disposto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. O *quantum* de diminuição deve ser aplicado de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração as características do caso em análise.

4. Na hipótese, tendo em vista a quantidade de droga apreendida - 5,140 gramas de maconha -, deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo de 2/3 (dois terços), ainda mais quando todas as circunstâncias judiciais analisadas na fixação da pena-base foram consideradas favoráveis, alcançando as sanções o patamar de 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido.

5. Considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, que estabeleceu pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a ausência de circunstâncias judiciais negativas, bem como a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto, bem como cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida a fim de redimensionar as penas do Paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no mínimo legal, com a substituição da pena privativa de

liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções.” (HC 461.005/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 5/11/2019, DJe 26/11/2019, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA POLICIAL MILITAR. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DO PERÍODO DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Este Tribunal Superior possui entendimento pacificado no sentido de ser possível a valoração negativa da culpabilidade quando da primeira fase de aplicação da pena pelo fato de o agente ocupar cargo de servidor da segurança pública, *in casu*, policial militar, quando da prática delitiva.

2. **"Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça possuem o entendimento consolidado de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes"** (AgRg no HC n. 471.346/MS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/5/2019, DJe de 27/5/2019).

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1436594/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019, grifou-se);

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 64, I, do Código Penal - CP 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 anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação".

Todavia, tais condenações, no entanto, podem configurar maus antecedentes, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte e afastar a aplicação do redutor da pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 522.428/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em

Superior Tribunal de Justiça

17/9/2019, DJe 23/9/2019, grifou-se).

Quanto ao regime prisional, na hipótese, a Corte Estadual estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal, por terem sido desfavoravelmente valorados os antecedentes do paciente, o que permite a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator