

**HABEAS CORPUS Nº 535.665 - SP (2019/0288038-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - RJ162569  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CLAYTON COSME DE OLIVEIRA (PRESO)  
**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 **CLAYTON COSME DE OLIVEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 815 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c o 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que, das condenações anteriores sopesadas para reconhecer a reincidência do acusado, a relativa ao Processo n. 0046594-07.2012.8.26.0114 refere-se à prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, sendo, portanto, inidônea para agravar a sanção, conforme atual entendimento dos Tribunais superiores.

Aduz que, embora tenha sido reconhecida a atenuante de confissão espontânea, a Corte de origem deixou de compensá-la integralmente na segunda etapa, tão somente pela preponderância da agravante de reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Requer, assim, a redução da fração da agravante, bem como a sua compensação integral com a atenuante de confissão.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 102-110).

**É o relatório.**

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo da defesa, manteve a sanção imposta na sentença condenatória, em decisão assim motivada:

"Na primeira fase, com fundamento no art. 59 do Código Penal e

atendendo as diretrizes do art. 42 da Lei nº 11.343/06, notadamente os maus antecedentes do Réu (ação penal nº 0116527-82.2003.8.26.0114 fl. 219/221), a pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Descabida, assim, a alegação da defesa no sentido de que teriam sido utilizados processos sem trânsito em julgado para majoração da pena base, valendo lembrar que, condenações já atingidas pelo período depurador, como a acima mencionada, ainda que não permitam o reconhecimento da reincidência, autorizam o reconhecimento de maus antecedentes.

Na segunda fase, a presença de outras duas condenações com trânsito em julgado (ação penal nº 0046594-07.2012.8.26.0114, com trânsito em julgado em 04 de maio de 2015; ação penal nº 3024606-39.2013.8.26.0114, com trânsito em julgado em 26 de novembro de 2014), ambas com fulcro na Lei nº 11.343/06, mostram o acerto da r. sentença apelada ao elevar a pena em 1/5 (um quinto), alcançando as penas 07 (sete) anos de reclusão e 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa.

Cabe mencionar, aqui, que a conduta de portar droga para consumo pessoal não perdeu seu caráter criminoso, contando para os efeitos de reincidência.

[...]

Importante salientar também, que, em observância ao artigo 67, do Código Penal, entende-se que a reincidência deve prevalecer sobre a confissão.

[...]

Na terceira fase, patente a presença da causa de aumento prevista no artigo 40, VI, Lei nº 11.343/06, bem majorada a pena em 1/6 (um sexto), resultando definitivamente em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 815 (oitocentos e quinze) dias-multa" (e-STJ, fls. 81-83).

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Quanto ao afastamento de uma das ações penais anteriores valoradas para reconhecer a agravante do art. 61, I, do Código Penal e justificar o agravamento da sanção em patamar superior a 1/6, cumpre anotar que, ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, cuja inobservância não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e a constitucionalidade está sendo debatida no STF.

Confiram-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR

PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. AFASTAMENTO DOS EFEITOS. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve *abolitio criminis*. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência.

2. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

3. Diante disso, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No mesmo sentido, os seguintes julgados proferidos por esta Quinta Turma: HC 453.437/SP, de minha relatoria, julgado em 04/10/2018 e HC 478.757/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 05/02/2019).

4. No caso, foi aplicado o entendimento acima referido, afastando-se os efeitos da reincidência do paciente. Uma vez que a decisão ora agravada está amparada na jurisprudência firmada nesta Corte acerca do tema, não há que se falar em reforma ou reconsideração da decisão agravada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 475.304/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/3/2019, DJe 29/3/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (55,3 G DE MACONHA E 5,8 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 63, *CAPUT*, DO CP. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESPROPORCIONALIDADE. COMBATIDO ARESTO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. Conforme disposto no *decisum* ora recorrido, verifica-se que o acórdão não merece reparos, porquanto as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade (HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018).

2. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve *abolitio criminis*. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado. [...] De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que 'se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo' (HC n. 478.757/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/2/2019).

3. No RE n. 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior (HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019).

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1778346/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/4/2019, DJe 3/5/2019).

Na hipótese, como foram sopesadas duas condenações anteriores para reconhecer a reincidência - 0046594-07.2012.8.26.0114 (art. 28 da Lei de Drogas) e 3024606-39.2013.8.26.0114 (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), fica mantida a agravante do art. 61, I, do CP em relação a esta ação, entretanto, na fração de 1/6.

Quanto à compensação da atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, também assiste razão ao impetrante.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 545, de que a confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação (AgRg no REsp 1.643.268/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017).

Na hipótese, observa-se que a Corte estadual deixou de compensar a confissão com a reincidência, por entender que a agravante ter preponderância sobre a atenuante, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Entretanto, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, realizado em 10/4/2013, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", uma vez que são igualmente preponderantes.

Dessa forma, verificado que uma condenação transitada em julgado foi considerada na segunda etapa da dosimetria, é devida, portanto, a compensação integral da atenuante de confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que o delito anterior se refira ao tráfico de drogas.

Vale anotar que a Terceira Seção, em recente decisão, no julgamento do HC n. 365.963/SP, unificou o posicionamento de que mesmo nas hipóteses de reincidência específica é possível a compensação integral com a confissão espontânea.

No mesmo sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL NA TERCEIRA FASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA/STJ 443. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Segundo entendimento firmado na Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

3. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, como na hipótese dos autos.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1534671/SP, minha relatoria, julgado em 14/3/2017, DJe 22/3/2017);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL.

REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E CONFISSÃO. ÚNICA  
CONDENAÇÃO ANTERIOR. COMPENSAÇÃO.  
POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, consolidou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea também é circunstância preponderante, na segunda fase da aplicação da pena, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, uma vez que ambas envolvem a personalidade do agente.

II - É possível a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado, de acordo com o entendimento desta Corte Superior (precedentes).

III - De todo modo, "[...] as instâncias ordinárias não declinaram qualquer circunstância específica que pudesse obstar a compensação pretendida" (HC n. 353.126/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/9/2016).

IV - O fato de o apenado haver sido detido em flagrante não impede a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. A respeito já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que 'a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante' (AgRg no HC n. 201.797/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 2/2/2015).

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 363.566/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 1º/2/2017).

#### Passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira etapa, em razão dos maus antecedentes do acusado, a pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa, a qual fica mantida na segunda fase, ante a compensação integral entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência. Na terceira fase, elevo-a em 1/6, pela incidência do art. 40, VI, da Lei de Drogas, resultando em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 680 dias-multa.

Estabelecido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e considerando a reincidência do paciente, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem de ofício, a fim reduzir a fração da agravante de reincidência e compensá-la integralmente com a atenuante de confissão espontânea, resultando a pena definitiva do paciente em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 680 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator