

**HABEAS CORPUS Nº 486.384 - SP (2018/0345169-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**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** : THIAGO GOMES DA SILVA (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de THIAGO GOMES DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. n. 0006134-49.2017.8.26.0066).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, incisos I, II e IV, do Código Penal, a 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 21 dias-multa.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso "*para redimensionar as penas de Thiago para 03 anos, 08 meses e 13 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa*", em acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 28):

*FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS, ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – PLEITOS DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E REDUÇÃO DAS PENAS – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

Alega a Defensoria Pública que "*a flagrante ilegalidade na exasperação da pena base a partir de condenações já depuradas, bem como no reconhecimento da reincidência atinente ao crime previsto no art. 28, da Lei de Drogas, e na fixação do regime inicial mais gravoso que o previsto em lei, evidenciam o latente constrangimento ilegal sofrido pelo paciente*" (e-STJ fl. 4).

Requer, liminarmente, a concessão do regime aberto ou semiaberto ao paciente e, no mérito, pede seja redimensionada "*A PENA APLICADA E FIXAR REGIME MENOS GRAVOSO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA*" (e-STJ fl. 12).

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 60/32.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 123/128).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Acerca da dosimetria da pena, o Tribunal de origem consignou o seguinte (e-STJ fls. 33/41).

*Réu Thiago:*

*Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, 04 anos de reclusão, e pagamento de 20 dias-multa, em razão de serem três as qualificadoras. Uma caracteriza o delito e as outras duas demonstram alta reprovabilidade da conduta do réu. O apelante ainda é portador de maus antecedentes (fls. 284, 285 e 290). Não bastasse, demonstrou ousadia, ao invadir residência habitada (asilo inviolável). Justificado, mais uma vez, o rigor da pena.*

*Ao contrário do alegado pela defesa, o lapso de 05 anos para a caracterização da reincidência não se aplica aos maus antecedentes.*

*Conforme prevê a própria Constituição em seu art. 5º, XLVI, as penas demandam individualização, e é justificado o tratamento diverso daquele que já ostenta condenações definitivas prévias em relação ao sentenciado sem qualquer intercorrência penal anterior.*

*Com efeito, não se podem desconsiderar estas condenações anteriores, posto que o réu se mostrou inclinado à prática de delitos, devendo isto refletir em sua pena como circunstância judicial desfavorável.*

*Os maus antecedentes não desaparecem com o tempo. Ao contrário, revelam que os envolvimento criminais anteriores e suas respectivas punições não foram suficientes para conter o ímpeto de infringir novamente a lei penal.*

*Todavia, entendo suficiente o acréscimo da pena-base na razão de 2/3, ou seja, 03 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa.*

Na segunda fase, **reconhecida a multirreincidência** (fls. 286, proc. 248/2008; fls. 288 proc. 2011/001065 e fls. 289), correta a exasperação na razão de 1/3, resultando em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 21 dias-multa.

**A condenação pela prática de crime de posse de substância entorpecente para consumo pessoal é apta a gerar a reincidência.**

Não houve a descriminalização do porte de entorpecentes para consumo próprio, mas apenas instituição de medidas alternativas ao cárcere, assim como ocorre em relação às infrações penais em relação às quais seja possível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

A conduta continua sendo penalmente relevante, e o preceito secundário comina apenas sanção diversa da privativa de liberdade, por considerar o legislador que se trata de resposta penal suficiente e necessária à prevenção e reprovação deste tipo de infração.

Por interpretação lógica da atual Lei de Entorpecentes, verifica-se que o artigo 28 sob comento está inserido no Capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, o que deixa evidente que a vontade do legislador foi a de manter a criminalização de tal conduta.

Portanto, embora esse tipo penal não preveja em seu preceito sancionador a privação da liberdade, mas somente penas alternativas, não se pode afirmar que tais penas não tenham natureza penal.

Na sequência, **reconhecida a atenuante da confissão espontânea, mantenho a redução da razão de 1/6, resultando em 03 anos, 08 meses e 13 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa.**

**Não é o caso de compensar a agravante com a reincidência.**

[...]

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, as penas são tornadas definitivas.

[...]

Já com relação ao réu Thiago, atendendo-se ao artigo 33, § 3º, do Código Penal, foi corretamente fixado o regime mais gravoso para o cumprimento de pena, que mantenho.

Isto se dá porque as condenações anteriores, geradoras de reincidência (fls. 286, 288 e 289) e maus antecedentes (fls. 284, 285 e 290), não produziram os efeitos necessários à ressocialização, mostrando-se, portanto, imperiosa a fixação de regime inicial mais rigoroso para atender aos critérios de necessidade e adequação à prevenção e reprovação do crime.

Pelas mesmas razões, considero inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois ausentes os requisitos do art. 44, incisos II e III, e § 3º, do Código Penal, sobretudo porque o apelante, reincidente, é comprovadamente voltado à prática de crimes patrimoniais e a medida realmente não se mostra socialmente recomendável.

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aventadas.

**Pedido de afastamento dos maus antecedentes**

Não desconheço que o Supremo Tribunal Federal, embora ainda não tenha apreciado o mérito do RE n. 593.818 RG/SC, reconheceu a repercussão geral da matéria em desfile. Entretanto, hodiernamente, prevalece nesta Casa a orientação de que condenações anteriores transitadas em julgado há mais de 5 anos, apesar de não espelharem a reincidência, pois alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem ser utilizadas para caracterizar os maus antecedentes do réu.

No mesmo sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. POSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA INICIAL EM 1/2. QUANTUM DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. Mesmo após a reabilitação automática pelo prazo de cinco anos, ainda temporariamente é admitida a valoração de prévias condenações como indicadoras de maus antecedentes.*

[...]

*5. Agravo regimental improvido.*

(AgRg no HC 536.793/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019)

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR ROUBO. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. REGISTROS DE CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DA REINCIDÊNCIA. LEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. "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)." (AgRg no AREsp 1.436.594/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019).*

*2. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no HC 481.419/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019)*

O acórdão impugnado não merece reparos, portanto, nesse tópico.

**Condenação anterior pelo art. 28 da Lei n. de Drogas que não gera reincidência**

Esta Sexta Turma firmou entendimento, por unanimidade, de que o "*prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência*" (REsp n. 1.672.654/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe de 30/8/2018).

Nesse mesmo sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. EFEITOS AFASTADOS. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. Consoante orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça - STJ, "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, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2018).*

*2. No caso, não obstante os esforços do Parquet, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, posto aplicado o entendimento acima referido, afastando-se os efeitos da reincidência do paciente, não há, portanto, que se falar em reforma ou*

*reconsideração da decisão agravada.*

3. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 505.536/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 26/09/2019.)

No caso dos autos, deve ser afastada, portanto, a multirreincidência do paciente.

Passo, dessa forma, ao recálculo da pena.

Mantenho a pena-base em 3 anos e 4 meses de reclusão, conforme os critérios fixados na origem.

Na segunda fase, a pena deve permanecer a mesma em razão da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Na ausência de causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão.

Embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 anos de reclusão, sua reincidência, somada à análise desfavorável de circunstância judicial, justifica a fixação do regime inicial fechado.

Nesse sentido:

*PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. COMPENSAÇÃO PARCIAL DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.*

*1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores. (HC 350.163/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1º.8.2016).*

*2. Na hipótese dos autos, a Corte estadual reconheceu a multirreincidência do recorrente e aumentou a sua pena com fundamento na compensação parcial da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes.*

*3. Embora o quantum de pena permita, em tese, a fixação do*

*regime aberto, a existência de circunstância judicial desfavorável, especialmente os maus antecedentes, utilizados para majorar a pena-base acima do mínimo legal (art. 59 do CP), bem como o fato do recorrente ser reincidente, justificam a imposição de regime prisional fechado (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP) .*

*Agravo interno desprovido.*

(AgInt no AREsp 1077361/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018, grifei)

*AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. SÚMULA N. 269 DO STJ. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

[...]

*3. É válida a imposição do regime inicial fechado ao réu reincidente que teve a circunstância judicial considerada desfavorável, mesmo quando condenado a pena inferior a 4 anos. Súmula n. 269 do STJ.*

*4. Agravo regimental não provido.*

(AgInt no HC 323.418/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016, grifei.)

Ante todo o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator