



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 552.355 - SP (2019/0376014-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**AGRAVANTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : DIEGO MOREIRA TARCIZO DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADOS** : HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO TENTADO. FALSA IDENTIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE OU POSSE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AUMENTO MANTIDO POR OUTROS FUNDAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* CONCEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme o entendimento firmado pela Sexta Turma no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, argumento que também se aplica para os maus antecedentes.
2. Descabe o reconhecimento de outros fundamentos para manter o aumento pelos maus antecedentes e reincidência, considerando que a Corte *a quo*, em apelação, visualizou a multirreincidência, mas ponderou que tal fundamento só foi utilizado para fixação do regime.
3. Agravo regimental improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 10 de março de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 552.355 - SP (2019/0376014-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **DIEGO MOREIRA TARCIZO DOS SANTOS (PRESO)**  
**ADVOGADOS** : **HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541**  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da decisão de fls. 102/107, que concedeu o *habeas corpus*.

Sustenta o agravante, em síntese, a necessidade de reforma da decisão agravada, a fim de que se mantenha a condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 como circunstância agravante e que seja reconhecida outras condenações para se manter os maus antecedentes e a reincidência.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 552.355 - SP (2019/0376014-0)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O recurso objetiva a reforma da decisão agravada, a fim de que seja mantida a exasperação da pena-base por maus antecedentes e o aumento pela reincidência.

A decisão impugnada tem a seguinte fundamentação (fls. 102/107):

Conforme relatado, busca a defesa o afastamento dos maus antecedentes e da agravante da reincidência, porque as condenações anteriores referem-se à prática do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Quanto à dosimetria da pena, extrai-se da sentença a seguinte fundamentação (fls. 44/46):

[...] Passo à dosimetria da pena.

O delito capitulado no artigo 155, parágrafo 4º, incisos I e II, do Código Penal, tem por pena a privativa de liberdade de 2 a 8 anos de reclusão e multa.

Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, concluo que o réu ostenta maus antecedentes. Considerando, também, a incidência de duas circunstâncias qualificadoras, fixo a pena-base em 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa. 1/5 além do mínimo.

**Pela agravante da reincidência (págs. 197), com fundamento no artigo 61, inciso I, do Código Penal, aumento a pena em 1/5, chegando a 2 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão e 14 dias-multa. Em que pese a decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 subsiste, até futura manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto à sua tipicidade. Assim não há que se falar que o acusado não seja reincidente.** Considerando a atenuante da confissão, prevista no artigo 65, inciso III, d, do Código Penal, reduzo a pena em 1/6, para 2 anos, 4 meses e 23 dias de reclusão e 11 dias-multa.

Não há causa de aumento de pena. Presente a causa de diminuição prevista no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, reduzo a pena em 2/3, em razão do iter criminis percorrido pelo agente, que apenas só não concluiu seu intento em razão de ter sido surpreendido pela chegada dos policiais militares. Chega-se, pois, à pena de 9 meses e 17 dias de reclusão e 3 dias-multa. que torno definitiva à ausência de outras circunstâncias a considerar.

O delito capitulado no artigo 307 do Código Penal tem por pena a privativa de liberdade de 03 meses a 01 ano de detenção ou multa.

Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, concluo que o réu ostenta maus antecedentes, fixo a pena-base em 03 meses e 15 dias de detenção, 1/6 acima do mínimo legal.

Pela agravante da reincidência (págs. 197), com fundamento no artigo 61, inciso I, do Código Penal, aumento a pena em 1/5, tornando-se 04 meses e 06 dias de detenção. Considerando a atenuante da confissão, prevista no artigo 65, inciso III, d, do Código Penal, reduzo a pena em 1/6, ficando em 03 meses e 15 dias de detenção. Que torno definitiva a ausência de outras circunstâncias a serem consideradas.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão do concurso material (artigo 69 do Código Penal), somo as penas aplicadas para os crimes supramencionados, o que resulta em 03 meses e 15 dias de detenção, e 2 anos, 4 meses e 23 dias de reclusão e 11 dias-multa.

Fixo o dia-multa no valor unitário mínimo.

O regime inicial de cumprimento da pena será o semiaberto em obediência ao critério estipulado no artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Diante da reincidência, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pelo mesmo motivo, o sursis.

O acórdão impugnado foi vazado nos seguintes termos (fls. 54/55):

[...] Mantida a condenação, pena e regime não pedem alteração.

**Na primeira fase, observou o magistrado que uma das qualificadoras servia para a adoção da pena mais grave e a outra deveria ser considerada como circunstância judicial negativa.** Ainda nessa fase, foram **considerados os maus antecedentes, daí, porque a pena partiu da modesta fração de 1/5 acima do mínimo para o furto e 1/6 daquele patamar para o falso.**

Apesar dos protestos da defesa, a consideração de uma qualificadora para aplicação da pena especial e da outra como circunstância negativa na primeira fase da dosimetria é providência plenamente aceita pela jurisprudência e está em perfeita sintonia com os critérios individualizadores a pena, que pedem especial reprovação para condutas mais elaboras e revestidas de especial gravidade pelo modo como são cometidas.

Na segunda etapa, a reincidência, gerou brando aumento de 1/5 para o furto e 1/6 para o falso.

Mais uma vez impugnado o critério, quando ao furto tem-se que o aumento imposto acabou aniquilado pelo reconhecimento da confissão. **No que toca ao falso, deve prevalecer, posto que o precedente do STJ citado pela defesa quanto à caracterização da agravante em se tratando do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas não tem força vinculante.**

Na terceira, para o furto foi concedida a redução máxima pela tentativa e para o falso não foram observadas modificadoras.

Ao final, as penas foram somadas.

Considerada a multirreincidência - não utilizada para especial aumento, mas citada por ocasião dos embargos de declaração (fls. 307/308) -, foi eleito o regime semiaberto, à evidência de que o reiterado comportamento do réu, que como já mencionado, ostenta vastíssimo envolvimento com diversas condutas delitivas (fls. 184/246), pede imposição de condições mais rígidas para o cumprimento da pena.

Assim, modalidade outra não se mostra indicada para a devida repressão da atuação e prevenção de novas investidas, cenário que, por consequência afasta a possibilidade de substituição da corporal.

Pelo exposto, nega-se provimento ao apelo.

Quanto ao tema, anteriormente, prevalecia o entendimento, na Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a condenação definitiva pretérita pelo porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, geraria reincidência, porquanto tal conduta foi apenas despenalizada pela vigente Lei de Drogas, mas não descriminalizada.

Ocorre que, no julgamento do REsp 1.672.654/SP, passou a prevalecer nova orientação a respeito do tema, no sentido de que a condenação anterior pelo art. 28 da Lei 11.343/06 apenas admite valoração como reincidência se o novo crime praticado for da mesma espécie. Nesse norte:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

2. Todavia, 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", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

**4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, 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.**

5. Recurso improvido (REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE OU POSSE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT CONCEDIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme o entendimento pacífico atual desta Corte, firmado pela Sexta Turma no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 521.349/SP, Rel. Ministro NEFI



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019). EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE PENAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PRESENÇA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - 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.

III - 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".

IV - Desta forma, constata-se que o entendimento mantido pelas instâncias ordinárias sobre o tema diverge da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, restando configurada a ilegalidade apontada.

**Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, cassando as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, a fim de determinar ao d. Juízo das execuções que proceda à retificação do cálculo das penas do paciente de forma a desconsiderar a reincidência em razão de condenação anterior pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (posse de entorpecentes para consumo próprio).**

(HC 536.802/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019)

Deste modo, passe-se a nova dosimetria

Quanto ao delito de furto qualificado tentado, afastados os maus antecedentes, a pena-base é aumentada em 1/6, tendo em vista a qualificadora sobejante utilizada pelas instâncias ordinárias como circunstância judicial, resultando em 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Afastada a agravante da reincidência, a pena volta ao mínimo legal, 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, pela diminuição decorrente da atenuante da confissão.

Presente a causa de diminuição pela tentativa, aplicada em 2/3, chega-se a 8 meses



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e 3 dias-multa.

Quanto ao delito de falsa identidade, afastado o aumento pelos maus antecedentes, a pena-base fica no mínimo legal, 3 meses de detenção.

Retirada a reincidência, a pena permanece inalterada, mesmo existindo a atenuante da confissão, nos termos da súmula 231/STJ, tornando-se definitiva a pena de 3 meses de detenção.

Em razão do concurso material, as penas são somadas, totalizando 3 meses de detenção e 8 meses de reclusão e 3 dias-multa.

Quanto ao regime, há circunstância judicial negativa e também reiteração delitiva, conforme consta do acórdão na parte em que mantém o regime, quando cita a decisão proferida após oposição de embargados de declaração em face da sentença, não juntada aos autos. Assim, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, permanece o regime semiaberto.

A substituição está impossibilitada, de acordo com a fundamentação acima, art. 44, III, do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para estabelecer a pena definitiva ao paciente de 3 meses de detenção e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 3 dias-multa. [...]

Em que pese as razões apresentadas, o agravante não trouxe argumentos capazes de reformar a decisão agravada.

Como consignado na decisão agravada, a Jurisprudência dessa Corte Superior assinala que não é possível a utilização de condenação pretérita pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 como maus antecedentes e reincidência, salvo se o novo crime for da mesma espécie.

Ademais, como o próprio Tribunal de origem reconhece, apesar de existir multirreincidência, não se poderia considerá-la no apelo, porque descartada na sentença para aumento da pena.

Dessa forma, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto de acordo com a Jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0376014-0

**AgRg no**  
**HC 552.355 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00148150620178260196 148150620178260196

EM MESA

JULGADO: 10/03/2020

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : DIEGO MOREIRA TARCIZIO DOS SANTOS (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : DIEGO MOREIRA TARCIZIO DOS SANTOS (PRESO)  
ADVOGADOS : HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.