



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.585 - SP (2017/0190679-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDVALDO LEITE TEIXEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VALORADAS NEGATIVAMENTE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE QUANTO AO TEMA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA IGUALMENTE PREPONDERANTE À AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. RÉU REINCENTE. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente 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.

3. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Manifesta ilegalidade verificada.

4. 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, por serem igualmente preponderantes, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", pois são igualmente preponderantes.

5. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão e verificada a reincidência do paciente, o regime inicial fechado é o adequado para a prevenção e reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "a" e "b", do Código Penal. Precedente.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e compensar a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, resultando a pena definitiva em 5 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.585 - SP (2017/0190679-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDVALDO LEITE TEIXEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **EDVALDO LEITE TEIXEIRA**, em que aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e acolheu o ministerial, para afastar a compensação da atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, redimensionando a reprimenda final para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 680 dias-multa, em regime fechado.

Neste *writ*, alega a impetrante que, embora tenha a Corte de origem considerado inidônea a utilização de processos em curso para configurar como maus antecedentes, valeu-se de tal argumento para valorar negativamente a conduta social e a personalidade do paciente, em flagrante afronta à Súmula 444 do STJ, mantendo o *quantum* de aumento da sanção inicial.

Aduz ser a atenuante de confissão espontânea igualmente preponderante à agravante de reincidência, de forma que devem ser totalmente compensadas.

Requer, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal e a compensação da confissão espontânea com a reincidência.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 89-90).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 97-98 e 114-116).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 201-208).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.585 - SP (2017/0190679-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDVALDO LEITE TEIXEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VALORADAS NEGATIVAMENTE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE QUANTO AO TEMA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA IGUALMENTE PREPONDERANTE À AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. RÉU REINCENTE. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressaltadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
3. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Manifesta ilegalidade verificada.
4. 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, por serem igualmente preponderantes, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", pois são igualmente preponderantes.
5. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão e verificada a reincidência do paciente, o regime inicial fechado é o adequado para a prevenção e reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "a" e "b", do Código Penal. Precedente.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e compensar a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, resultando a pena definitiva em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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 manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao prover o apelo ministerial, manteve a pena-base fixada na sentença condenatória e afastou a compensação na segunda etapa do cálculo penal, em decisão assim motivada:

"A pena-base do réu foi exasperada na Origem, em razão dos maus antecedentes criminais (fls. 288/289, processo-crime n. 0003442-80.1999.8.26.0366 crime de roubo), 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso. Pois bem.

Verifico que o réu Edvaldo Leite possui ao menos dois apontamentos criminais na sua folha de antecedentes, os dois pela prática de crimes contra o patrimônio.

Com relação às certidões de fls. 288/289, processo-crime n. 0003442-80.1999.8.26.0366, embora elas não apresentem a data do trânsito em julgado da r. sentença que condenou o réu Edvaldo Leite como incurso nas penas do art. 157, §2º, I e II, do Código Penal, a 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, regime fechado e 27 (vinte e sete) dias-multa, no piso, a inviabilizar, com o rigor necessário, a nota de antecedentes criminais, de se convir poder-se extrair a inteligência dos conceitos de má conduta social e de desajuste da personalidade. Afinal, não me parece crível e justo que alguém, com vida pregressa incólume, sem nunca ter sido indiciado ou respondido a processo criminal, possa ser tratado da mesma forma que alguém que ostente, como no caso ostenta, processo-crime, sem que se possa concluir que o réu, de um jeito ou de outro, não possui personalidade comprometida ou má conduta social, sob o pretexto de estado de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal). Logo, aqui não se está a negar vigência ao preceito constitucional da presunção de inocência, apenas a se ressaltar não ter matizes absolutas, característica da qual princípio algum é dotado, a sua interpretação se dando da melhor forma possível e em consonância com o princípio da isonomia, o que também serve de fundamento para o exasperamento da sua pena-base.

E mais.

De acordo com a diretriz jurisprudencial ainda vigente nos Tribunais Superiores, apenas uma condenação penal definitiva pode ser adotada para o reconhecimento de 'mau antecedente'. Atualmente, contudo, existem sinais de que tal posicionamento tende a ser rediscutido.

[...]

Ao que se pensa, essa possível mudança de paradigmas, se vier, será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bastante salutar, pois a prática de um crime pelo indivíduo contra o qual, no mínimo, pairaram fundadas suspeitas de práticas ilícitas (a ensejar a instauração de inquéritos policiais, ações penais, e condenações recorríveis) denota, mesmo na melhor das hipóteses, especial desvalia da sua parte para com as instituições estatais voltadas à proteção da sociedade e à persecução penal, eis que, dando de ombros para as anteriores ocorrências policiais e judiciais, ousou praticar superveniente conduta criminosa. De há muito, aliás, considero pertinente essa intelecção.

Para sustentar o meu entendimento no que tange ao reconhecimento dos maus antecedentes criminais, seguem abaixo alguns julgados e considerações que outrora trazia à colação:

[...]

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, que já foi mais além, pois considerava como maus antecedentes criminais a prova fornecida pela "folha de antecedentes criminais" expedida pelo Instituto de Identificação Estadual, o que, a meu entender, também deve ser afastado da r.

sentença em análise, conferindo-se:

[...]

Ainda sobre esse tema, é dizer, acerca do que se deve entender por 'antecedentes criminais', vale ser trazido a esta fundamentação o excelente v. Acórdão, repleto de fartos ensinamentos jurisprudencial e doutrinário, mesmo e inclusive, pátrios e alienígenas:

[...]

De qualquer sorte, pese embora tenha o réu uma r. sentença condenatória, na qual, ao menos com base nas sobreditas certidões, não se teve a data do trânsito em julgado, verifico a existência de má conduta social e de desajuste da personalidade, aptos a ensejar o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, lembrando que não se está a fazer este juízo de valor com base em mera 'folha de antecedentes criminais', como entendeu a defesa do réu, mas sim com base em certidões cartorárias criminais, nada obstante o Superior Tribunal de Justiça já tenha reconhecido, no meu sentir com absoluta razão, ser possível extrair-se o conceito de maus antecedentes criminais com base na indigitada 'folha de antecedentes criminais'.

Sendo assim, mantenho o exasperamento da pena-base pelas razões acima explanadas.

De outro giro, caso as certidões de objeto e pé de fls. 288/289 indicassem a data do trânsito em julgado, não vingaria o entendimento de que a existência de condenação anterior, ocorrida em prazo superior a 05 (cinco) anos, contado da extinção da pena, não poderia ser considerada como maus antecedentes.

Explico.

A condenação, cuja sentença transitou em julgado há mais de 05 (cinco) anos, embora não sirva para caracterizar a circunstância agravante da reincidência, serve, sim, para caracterizar o conceito de 'maus antecedentes', consoante tranquilo entendimento do STF.

Ademais, ainda que tenha decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal, a circunstância de o criminoso possuir maus antecedentes é suficiente para justificar a elevação da pena-base, não havendo qualquer ilegalidade para ser sanada quanto ao ponto, devendo ser mantida a decisão impugnada pelos seus próprios fundamentos.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, A. Silva Franco e J. Belloque destacam que, mesmo em se admitindo a necessidade de trânsito em julgado como essencial ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5^a, inciso LVII, da CF, e Súmula n. 444, do STJ):

[...]

reincidência, réu que ostenta, contra si, uma outra sentença penal condenatória transitada em julgado e extraída de processo-crime diverso daquele utilizado para o exasperamento da pena-base (fls. 259), no qual não constava a data do trânsito em julgado. E em princípio, não há falar-se no decurso do reclamado quinquênio depurador, uma vez que da certidão em tela se extrai que o réu, que pôde recorrer em liberdade, teria começado a cumprir a sua pena apenas, isso com muito boa vontade, no ano de 2007, a inviabilizar, com a sua presumida extinção dado o cumprimento integral da pena privativa de liberdade suportada, o acolhimento da tese defensiva, especialmente se não se perder de vista a análise, em conjunto, do que constou nas certidões de fls. 288/289, especialmente na primeira.

Neste sentido, não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Por sinal, inexistente 'bis in idem' ou violação à Súmula n. 241, do STJ, porque a circunstância agravante se fez reconhecer com base em processo-crime distinto daquele que serviu para o reconhecimento dos maus antecedentes criminais. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ausência de violação do princípio do 'non bis in idem', quanto à fixação da pena, quando para os fins do art. 59, 'caput', do Código Penal, usam-se processos-crime distintos daquele ou daqueles que, na segunda fase da dosimetria da pena, são usados para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência. Aqueles forjam o conceito de maus antecedentes criminais, estes, o da reincidência:

[...]

Justiça, a existência de uma única sentença condenatória transitada em julgado não pode ser valorada concomitantemente como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e como reincidência, na etapa seguinte, sob pena de indevido 'bis in idem', a teor do disposto na Súmula n. 241:

'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'.

Entretanto, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva anterior, pode o Magistrado utilizar-se de uma ou mais como antecedentes criminais e as demais, diferentes daquelas, como ensejadores do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, por se tratar de valoração de fatos distintos, conforme a orientação do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, 'in casu', não há falar em 'bis in idem' na fixação da pena ou violação à sobredita Súmula, pois conforme já consignado, tem-se o registro de mais de uma sentença condenação transitada em julgado. Assim, na hipótese de o agente ostentar mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, insisto, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da circunstância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante da reincidência, o que ocorre na espécie.

A propósito, é exatamente esta a inteligência da questionada Súmula n. 241, do Superior Tribunal de Justiça, bastando a checagem dos julgamentos que lhe deram origem. De mais a mais, as duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, com competência para julgamento de matéria criminal, como abaixo facilmente se constata, vêm, atualmente, decidindo, sistematicamente, consoante o que aqui se sustenta, ou seja, no sentido de que diante da constatação da existência de sentenças condenatórias transitadas em julgado, cabível, na dosimetria da pena, a consideração de uma delas para fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência e das demais, na fase anterior, para os fins de reconhecimento de maus antecedentes. Por isso, com o devido respeito, ser totalmente equivocado entendimento outro, que se choca, de frente, com a lembrada inteligência da Súmula. A não ser que se queira entender que as 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça estejam, atualmente, decidindo em descompasso com a Súmula vigente, o que traduziria noção de chapado contrassenso. Basta conferir:

[...]

Presente, ainda, a circunstância atenuante da confissão espontânea. Entretanto, com fundamento legal no art. 67, do Código Penal, entendo que a circunstância agravante da reincidência deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea. Confira-se:

[...]

Desta feita, não vinga a r. sentença acerca da compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, impondo-se a preponderância daquela sobre esta.

Sendo assim, agravo a pena para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso". (e-STJ, fls. 47-74).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente 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.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, a Corte estadual, ao constatar a inexistência da data do trânsito em julgado no Processo n. 0003442-80.1999.8.26.0366, deixou de considerá-lo para valoração negativa dos maus antecedentes, entretanto, manteve a exasperação da pena-base em 10 meses, por entender ser a citada condenação penal elemento idôneo para desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Por outro lado, da análise da folha de antecedentes criminais (e-STJ, fls. 184-199), observa-se que, apesar de não existir a data do trânsito em julgado do referido feito, a pena foi extinta pelo cumprimento, dado suficiente para tornar idôneo o aumento da sanção inicial, nos termos do art. 64, I, do Código Penal e jurisprudência consolidada desta Corte. Desse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo, não merece prosperar a alegada ofensa à Sumula 444 do STJ.

Contudo, no que se refere à análise desfavorável da conduta social e da personalidade do acusado, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça **em recente julgado**, e **ao alterar seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que é inadmissível a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativas tais circunstâncias.

A seguir a ementa do acórdão que respalda esse entendimento:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. ART. 180, CAPUT, DO CP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE FLAGRADO NA POSSE DO BEM DE ORIGEM ILÍCITA. ÔNUS DA PROVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. *BIS IN IDEM*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

VI - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

VII - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de *bis in idem*. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício apenas para afastar a valoração negativa da conduta social e da personalidade, reduzindo-se a pena imposta para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

Portanto, **considerando que as condenações definitivas somente podem ser valoradas a título de maus antecedentes, e não mais para desabonar a conduta social e a personalidade do agente**, como na hipótese, deve a pena-base ser fixada no mínimo legalmente previsto (5 anos), pois favoráveis todas as circunstâncias judiciais ao paciente.

Quanto à compensação da atenuante de reincidência com a agravante de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, também assiste razão ao impetrante.

In casu, o Tribunal *a quo* afastou a compensação realizada pelo Juízo de primeiro grau, por entender que a reincidência tem preponderância sobre a confissão espontânea, 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, por serem igualmente preponderantes, "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, reconhecida a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, impõe-se a compensação integral com a agravante do art. 61, I, do mesmo diploma legal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES PRETÉRITAS DISTINTAS PARA AUMENTAR A PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONFISSÃO PARCIAL. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), ainda que parcial, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 7 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 750 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório."

(HC 329.952/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 11/5/2017);

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE DE PENA. ART. 65, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CP. INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 545/STJ. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A atenuante de pena prevista no art. 65, III, d, do CP, deve incidir no cômputo da reprimenda sempre que a confissão espontânea do réu quanto à prática delitiva servir de esteio para a condenação, ainda que a confissão tenha sido parcial ou qualificada, nos termos da Súmula n. 545/STJ.

2. Este Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível se operar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, na medida em que igualmente preponderantes, haja vista se relacionarem à personalidade do agente.

3. A matéria já foi decidida pela Terceira Seção do STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, ao analisar o Recurso Especial n. 1.341.370/MT.

[...]

3. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime prisional inicial semiaberto."

(AgRg no AREsp 860.861/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 22/2/2017).

Passo, portanto, à readequação da pena.

Fixo a pena-base em 5 anos de reclusão mais pagamento de 500 dias-multa, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a qual torno definitiva, em razão da compensação integral da atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência e a inexistência de outras circunstâncias modificativas da pena, conforme delineado pelas instâncias ordinárias.

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos de reclusão e sendo o paciente reincidente, é incabível a alteração do regime prisional para semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e compensar a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, resultando a pena definitiva em 5 anos mais o pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0190679-5

HC 410.585 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00096217520158260590 20170000389312 96217520158260590

EM MESA

JULGADO: 19/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDVALDO LEITE TEIXEIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.