HABEAS CORPUS Nº 484.430 - SP (2018/0335795-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP318411
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABIO BEZERRA DE MELO SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIO BEZERRA DE MELO SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim relatado (fls. 58-59):

> Vistos.
> Ao relatório da r. sentença, acrescenta-se que Fábio Bezerra de Melo Silva foi condenado a 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.
> Inconformadas, recorrem as partes.
> O Ministério Público busca a fixação do regime fechado, afastando-se a detração, dados os maus antecedentes e a reincidência do réu.
> O réu, de sua vez, requer seja reduzido o aumento imposto à pena-base, bem como considerada a atenuante da confissão, compensando-a com a agravante da reincidência.
> Recursos respondidos, tendo, neste grau, a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo provimento do apelo ministerial e não provimento ao da defesa.
> É o relatório.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e de 15 dias-multa, como incurso no art. 155, § 4º, I do Código Penal.

Irresignados, defesa e acusação interpuseram apelações, tendo o Tribunal local deu parcial provimento ao apelos, o daquela para reduzir a pena para 2 anos e 8 meses de reclusão, e 13 dias multa, e o do *Parquet* para fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante sustenta, em síntese, que *Depreende-se do acórdão e da decisão de primeiro grau que o que motivou a fixação do regime mais gravoso foi unicamente a reincidência do paciente*, e que, *A reincidência, por si só, não constitui motivação idônea que justifique a não aplicação do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal no que diz respeito a fixação do regime de cumprimento de pena* (fl. 2).

Salienta que, *permanecendo a pena no patamar do regime aberto,*

fixada bem abaixo do máximo permitido para o regime, é possível a fixação do regime aberto, mesmo se tratando de paciente reincidente (fl. 4).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena do paciente.

A liminar foi indeferida (fl. 66).

As informações foram prestadas (fls. 71-88).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela denegação da ordem (fls. 91-99).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que a reincidência, por si só, não é motivação idônea para não conceder-se o regime aberto ao paciente, quando a condenação é inferior a 4 anos.

O Tribunal de origem proveu parcialmente os recursos da defesa e acusação, redimensionando as penas, com base nos seguintes fundamentos (fls. 59-62):

> As sanções, no entanto, merecem reparo.
> O acréscimo de 1/3 à pena-base restou bem justificado. As consequências do delito, como bem destacado pelo Magistrado, foram mais graves, pois a empresa, além do prejuízo relativo ao objeto furtado, permaneceu sem energia, em pleno domingo de "Black Friday", deixando de auferir lucro vultoso, estimado em R$ 50.000,00. Ainda, o réu ostenta condenações definitivas (fls. 143 e 144), não aptas a gerar a reincidência, pois extintas há mais de cinco anos. Referidas condenações, ao contrário do afirmado pela defesa, podem, e devem, ser consideradas para fins do artigo 59 do mesmo Estatuto.
> [...]
> Na segunda fase, no entanto, era mesmo o caso do reconhecimento da atenuante da confissão. Muito embora o réu tenha negado o arrombamento, admitiu, nas duas fases em que ouvido, ter subtraído os fios de energia e tais relatos, na medida em que produzidos, foram considerados pelo juízo para a formação de sua convicção. Desse modo, utilizada como prova para a condenação, a confissão deve ser considerada na dosimetria das penas.
> Nesse sentido é o teor da Súmula 545 do STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal".
> Por fim, de rigor a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, igualmente preponderantes.
> A Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pois envolvem a personalidade do agente, razão pela qual devem ser compensadas, salvo se o réu for multirreincidente (STJ 6ª Turma HC 301.6era me93/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.

> 04.12.2014).
> Assim, tornam-se as sanções do réu definitivas em 2 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo.
> **Por fim, assiste razão ao Ministério Público, pois adequado o regime inicial semiaberto para o início do desconto da reprimenda, único compatível com o histórico do réu, portador de maus antecedentes e reincidente.**
> Ressalte-se que mesmo considerada a detração pelo tempo de prisão provisória, adequado o regime mais rigoroso, não em função da quantidade de pena imposta e já cumprida, mas pela periculosidade social do agente, a tornar prematura sua inclusão no regime aberto.
> **Em face do exposto, dá-se parcial provimento aos recursos, para fixar ao réu as penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 13 dias-multa**, no valor unitário mínimo.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena a Corte *a quo* entendeu ser *adequado o regime inicial semiaberto para o início do desconto da reprimenda, único compatível com o histórico do réu, portador de maus antecedentes e reincidente.*

Diante disso, válido destacar a aplicabilidade, na espécie, da Súmula 269/STJ, *in verbis*: *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

Portanto, correta a fixação do regime inicial semiaberto pelo Tribunal Estadual e, também, a negativa da aplicação do art. 44 do CP inalterada pelo acórdão atacado, visto que a reincidência do paciente configura fundamento idôneo, conforme o art. 33, § 2º, *c*, e o art. 44, inciso II, ambos do CP, o que está em consonância com o entendimento consolidado desta Corte. Nesses termos:

> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO NA FORMA TENTADA. REGIME SEMIABERTO. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.
> 1. **Nos termos do art. 33 do Código Penal e do teor da Súmula 269 desta Corte, fixada a pena em patamar inferior a 4 anos, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriada, diante da reincidência do agravante, não havendo falar, portanto, em existência de ilegalidade flagrante.** Precedentes.
> 2. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no HC 479.165/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019), com destaque.
>
> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. RECORRENTE REINCIDENTE. SÚMULA N. 269 DO

> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL ABERTO DESCABIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. É certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal - CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser abatido da pena estipulada para fins de imposição do regime prisional inicial na sentença condenatória. Tal previsão legal, todavia, não se confunde com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal.
> 2. **No caso em tela, o regime inicial semiaberto foi imposto em razão da reincidência, conforme Súmula n. 269/STJ, pois irrelevante o fato da pena a cumprir ser inferior a 4 anos.**
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no REsp 1719328/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019), com destaque.

Como se vê, para a fixação do regime semiaberto foi utilizada fundamentação baseada no caso concreto – a reincidência do réu –, circunstância específica que se mostra idônea e suficiente para justificar até mesmo o regime mais gravoso, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do CP. No caso, portanto, fixado regime inicial semiaberto, não há reparos a serem realizados nesse ponto.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator