

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.281 - SP (2019/0291734-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIELA MONI MARINS - SP343394
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELINTON DO ESPÍRITO SANTO FERREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELINTON DO ESPÍRITO SANTO FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0001413-91.2018.8.26.0495.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa, como incurso no **art. 157, caput, c/c o art. 61, II, "h", ambos do Código Penal** (e-STJ, fls. 37/40).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso, para manter incólume a sentença condenatória, em acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 71/77):

Apelação - Roubo simples - Recurso da defesa - Dosimetria - Pena-base fixada 1/6 acima do mínimo legal diante dos maus antecedentes - Agravante prevista no art. 61, II, alínea "h" do Código Penal (crime cometido contra pessoa idosa) devidamente reconhecida nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, e compensada com a atenuante da confissão espontânea - Penas exasperadas em 1/3 pela presença da segunda circunstância agravante da reincidência específica - Regime inicial fechado adequadamente estabelecido - Delito praticado mediante violência contra a vítima - Necessário reflexo da reprovabilidade da conduta no regime escolhido - Recurso não provido.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/16), a impetrante afirma que o

Superior Tribunal de Justiça

paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da dosimetria realizada na primeira e segunda fases e da fixação do regime mais gravoso.

Em relação à dosimetria, alega que condenações anteriores, ocorridas em prazo superior a 5 anos, não podem ser utilizadas como maus antecedentes, uma vez que acarretaria consequências eternas ao acusado, impedindo sua ressocialização, o que violaria os objetivos da pena previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Lei de Execuções Penais. Assim, a valoração negativa dos maus antecedentes deve ser afastada, e a pena-base retornar ao mínimo legal.

Quanto ao aumento operado na segunda fase, em razão da agravante da reincidência na fração de $1/3$, assevera que *a doutrina mais abalizada, recomenda que o quantum de agravação ou atenuação deve ficar em torno de $1/6$, e, de qualquer maneira, nunca deve ultrapassar o importe de $1/5$, sob risco de equiparar-se às causas de especial aumento e diminuição de pena* (e-STJ, fl. 10).

Por fim, aduz que a fixação do regime mais gravoso foi indevida, porquanto a pena é inferior a 8 anos, quase todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e a gravidade abstrata do delito não pode justificar o regime prisional mais gravoso.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, o redimensionamento da pena, nos termos acima expostos, e a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 80/82 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 88/92, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório. **Decido.**

Superior Tribunal de Justiça

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, o redimensionamento das sanções do paciente, ante o decote da vetorial relativa aos antecedentes, ao argumento de que sua condenação anterior já haveria sido alcançada pelo período depurador quinquenal, além da redução da fração de aumento pela reincidência e por conseguinte, o abrandamento do regime prisional.

I. Pena-base (maus antecedentes)

Preliminarmente, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Sob essas balizas, ao julgar a apelação defensiva, o relator do voto condutor do acórdão asseverou que (e-STJ fl. 74, grifei):

[...]

Na primeira fase, a pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, 04 anos e 08 meses de reclusão, e pagamento de 11 dias-multa, pois o réu ostenta maus antecedentes (fl. 194). Importante salientar que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo período depurador de 05 (cinco) anos, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, constituem fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base, conforme sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Com efeito, cumpre esclarecer que, apesar de condenações anteriores transitadas em julgado, e já alcançadas pelo período depurador quinquenal, não poderem ser utilizadas a título de reincidência, nada impede sejam apreciadas, na primeira fase da calibragem, para negativar os antecedentes

Superior Tribunal de Justiça

criminais, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior.

Vejam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ANOTAÇÃO CRIMINAL NÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. ART. 64, INC. I, CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade” (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - É pacífico o entendimento neste Sodalício de que, à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 439.547/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 30/4/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONTRAVENÇÕES PENAIAS JÁ ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR QUINQUENAL. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

Superior Tribunal de Justiça

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM SUBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

– Não há ilegalidade na exasperação da pena-base no caso, pois não obstante não caracterize reincidência, a contravenção penal pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes (AgRg no AREsp n. 896.312/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016).

– O Tribunal estadual negatizou duas circunstâncias judiciais da paciente – maus antecedentes e consequências do delito –, razão pela qual exacerbou a pena-base na fração de 1/2, e fixou o regime inicial semiaberto. Dessa forma, há fundamentação justificável de maior reprovabilidade da conduta para a fixação do regime semiaberto e para a negativa de substituição da reprimenda, pelo não preenchimento do requisito subjetivo, nos termos dos arts. 33, § 3º, e 44, III, ambos do CP e na jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

[...]

– Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 396.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 12/6/2016, DJe 20/6/2018)

Nesses termos, a negatização da circunstância judicial acima referida, inclusive na fração de aumento operada na pena-base, está em harmonia com a jurisprudência pacificada dessa Corte de Justiça, devendo, assim, permanecer inalterada.

II. Reincidência (fração de aumento)

Neste tópico, a impetrante pleiteia a redução da fração de aumento pela agravante da reincidência, de 1/3 para 1/6.

Preliminarmente, cumpre observar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou diminuição da pena em razão de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao magistrado fixar o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse contexto, predomina nesta Corte de justiça o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6, em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS À PERSONALIDADE E AOS ANTECEDENTES DO RÉU. JUSTIFICATIVAS INERENTES AO TIPO PENAL NO TOCANTE À CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONDUTA SOCIAL. (II) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE MOTIVOS CONCRETOS. DESPROPORCIONALIDADE.

[...]

8. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.

9. Na espécie, o magistrado, durante o cálculo da reprimenda, na segunda etapa da dosimetria, apontou apenas uma circunstância agravante, qual seja, a reincidência, elevando a sanção em 3 (três) anos sem apresentar nenhuma justificativa a motivar a fração escolhida.

10. Ordem concedida em parte para, redimensionando a pena imposta, estabelecê-la em 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais o pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão estadual. (HC n. 387.586/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES.

Superior Tribunal de Justiça

QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. CONDENAÇÕES DISTINTAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. PATAMAR RAZOÁVEL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, a aplicação de fração superior a 1/6, pelo reconhecimento das agravantes, exige motivação concreta e idônea. Sendo, na espécie, apenas uma a condenação residual existente contra o paciente, para valoração na segunda fase da dosimetria, o agravamento da pena em dois anos mostra-se excessivo. Necessidade de readequação da pena para se adotar o patamar de aumento em 1/6.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda final do paciente para 8 anos, 10 meses e 5 dias de reclusão. (HC n. 298.050/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 21/2/2017, DJe 3/3/2017, grifei)

Sob essas diretrizes, ao sentenciar o paciente, o Magistrado fixou-lhe as penas, nos seguintes termos (e-STJ, fl. 38, destaquei):

[...]

O réu ostenta antecedente desabonador (condenação definitiva por outro crime de roubo - autos n° 4322/2007, conforme fls. 194), motivo pelo qual fixo a pena base em 4 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda etapa, reconheço a agravante do art. 61, II, "h" do Código Penal (crime praticado contra maior de 60 anos), bem como a agravante da reincidência, a qual é real e específica em crime de roubo violento (autos n° 0007050-33.2012.8.26.0495 - fls. 198), compensando-se a primeira com a atenuante da confissão espontânea, restando justificado apenas o aumento remanescente de 1/3 relativa à recidiva real e específica, alcançando-se 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 14 dias-multa.

Não há ofensa ao princípio da ampla defesa, nem ao da

Superior Tribunal de Justiça

correlação, pois o reconhecimento da circunstância agravante etária é autorizado pelo art. 385 do Código de Processo Penal, sendo de todos conhecida "ab initio".

A Corte paulista, por sua vez, justificou a aplicação da fração de aumento aplicada pelo Magistrado, na segunda fase do cálculo dosimétrico, consignando que (e-STJ, fls. 74/75, destaquei):

[...]

Na segunda fase, foram corretamente reconhecidas as circunstâncias agravantes previstas no art. 61, inc. II, "h", do Código Penal (crime praticado contra maior de 60 anos – fls. 49/50), e da reincidência específica (fl. 198). Em seguida, a primeira agravante foi compensada com a atenuante da confissão espontânea, restando justificado apenas o aumento remanescente de 1/3 relativo à reincidência, o que resultou em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 14 dias-multa.

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

Pela leitura dos recortes acima, verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve a fração de aumento decorrente da agravante da reincidência remanescente, no patamar de 1/3, baseando-se apenas no fato de ela ser específica.

Entretanto, imperativo considerar o entendimento firmado no julgamento do HC n. 365.963/SP (Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 23/11/2017), oportunidade em que a Terceira Seção desta Corte assentou que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não se oferta maior desvalor à conduta do réu que ostente uma outra condenação pelo mesmo delito.

Nesse contexto, alinhado à jurisprudência que se firmou no âmbito da Terceira Seção, extrai-se que a reincidência específica, justamente por não possuir maior desvalor no confronto com a atenuante da confissão espontânea, também não pode ensejar maior incremento da pena quando incidir, de forma

isolada, na segunda fase da dosimetria.

Vejam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ESPECIFICIDADE DA REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ENTENDIMENTO QUE SE COADUNA COM A ORIENTAÇÃO DA TERCEIRA SEÇÃO, FIRMADA NO JULGAMENTO DO HC N. 365.963/SP. FRAÇÃO DE AUMENTO REDUZIDA PARA 1/6. PENA REDIMENSIONADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Esta Corte possui entendimento no sentido de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6, em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão. Precedentes.

IV - A Terceira Seção, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

V - Nesse contexto, a reincidência específica, justamente por não possuir maior desvalor no confronto com a atenuante da confissão espontânea, também não pode ensejar maior incremento da pena quando incidir, de forma isolada, na segunda fase da dosimetria.

VI - Hipótese em que a pena da paciente foi aumentada em 1/3, por incidência da agravante da reincidência, com base em uma condenação anterior pela prática do mesmo delito, impondo-se a redução do incremento para o razoável patamar de 1/6.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a fração de aumento decorrente da agravante da reincidência para 1/6 (um sexto) e redimensionar a pena do paciente definitivamente para 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC n. 506.978/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 8/10/2019)

Superior Tribunal de Justiça

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO EM CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/6 CABÍVEL. PRESENÇA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedentes.

5. In casu, o Colegiado a quo justificou a aplicação da agravante na fração de 1/3 diante do fato de o paciente ser reincidente específico. Ocorre que a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que, ostentando o paciente apenas uma condenação anterior para fins de reincidência, mostra-se desproporcional o aumento em patamar superior a 1/6, com amparo apenas no fato de se tratar de reincidente específico. Precedentes.

[...]

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente 9 anos, 11 meses e 23 dias de reclusão. (HC n. 529.632/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/9/2019, DJe 23/9/2019)

Desse modo, assiste razão à impetrante, de modo que a dosimetria da pena do paciente deve ser refeita.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 4 anos e 8 meses de reclusão, e 11 dias-multa. Na segunda etapa, mantenho a compensação integral

Superior Tribunal de Justiça

entre a agravante prevista no art. 61, II, "h", do CP, com a atenuante da confissão espontânea e aplico a fração de 1/6, em relação à reincidência específica remanescente, ficando as sanções definitivamente estabilizadas em 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, além de 12 dias-multa, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena.

III. Regime de cumprimento de pena

No tocante ao resgate da reprimenda, apesar do redimensionamento da sanção, não verifico nenhuma ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável ao paciente – maus antecedentes –, além de sua reincidência, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do CP.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, para fixar as penas do paciente em 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, além de 12 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se com urgência o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator