

HABEAS CORPUS Nº 531.686 - SP (2019/0266305-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM DO NASCIMENTO SANTANA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

WILLIAM DO NASCIMENTO SANTANA alega sofrer coação ilegal no seu direito a locomoção, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0004469-08.2015.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a **2 anos de reclusão, em regime aberto**, mais multa, pela prática do delito de furto qualificado (fls. 24-26).

O Tribunal de origem deu **parcial provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de majorar a sanção do réu para 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado**, mais multa (fls. 39-44).

Neste *writ*, a defesa aponta ilegalidade na aplicação dos arts. 33, §§ 2º e 3º, 59 e 67 do Código Penal.

Busca a **compensação integral entre a agravante da reincidência e a confissão espontânea** e a fixação do **regime menos gravoso**.

Indeferida a liminar (fl. 49) e dispensadas as informações, veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 55-62), que opinou pela concessão parcial da ordem de ofício.

Decido.

I. Pena-base

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, com vistas à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto. Deve, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Ao dosar a reprimenda na primeira fase, o Juízo singular assim se justificou (fl. 25, grifei):

[...]

Passo a dosimetria da pena.

Gabriel é primário, a fls. 203/205, e **William reincidente, sendo ambos confessos. A pena de William deveria ser acrescida de 1/6, deixando de fazê-lo ante o efeito neutralizante da confissão. Fixo-lhes as penas em 02 anos de reclusão e 10 dias multa, cada um** no valor de 1/30 do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

O Tribunal local, quando reformou a dosimetria, assentou (fls. 42-43, destaquei):

[...]

De outro lado, **merece guarida o recurso no que diz respeito ao afastamento da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha se pronunciado, com caráter geral, sobre a prevalência da atenuante da confissão em relação à agravante da reincidência (Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. em 10.04.2013), o Supremo Tribunal Federal tomou**

posição contrária àquele posicionamento dando, pois, por prejudicada aquela tese, como se vê das ementas de julgamento do: 1) HC nº 105.543-MS, rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1ª T., j. em 29.04.2014:

[...]

Assim sendo, pela preponderante reincidência (conforme certidão de fls.222), o agravamento de 1/6 (um sexto) é o necessário, perfazendo 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

No julgamento dos **EResp n. 1.154.752/RS**, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o posicionamento de que, **observadas as peculiaridades do caso concreto**, "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

Também é certo que esta Corte Superior havia consolidado o entendimento de que a compensação da confissão espontânea com a agravante genérica da reincidência deveria "atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (**AgRg no REsp n. 1.356.527/DF**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 25/9/2013). Vários foram os precedentes que **não permitiam a compensação entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do réu fosse específica e/ou numerosa**, por evidenciar maior reprovabilidade da conduta. Nesse sentido:

[...]

3. No julgamento do Resp n. 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. A compensação, no entanto, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência.

4. **Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a reincidência específica do réu.**

[...]

8. Ordem não conhecida.

(HC n. 309.243/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 11/9/2015, destaquei)

[...]

2. Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 332.211/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 19/2/2016, grifei)

Contudo, em sessão realizada em 11/10/2017, a Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do HC n. 365.963/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, decidiu, em acórdão pendente de publicação, **ser possível a integral compensação da atenuante da confissão espontânea com a reincidência específica.**

Nessa mesma perspectiva:

[...]

1. Apesar da multirreincidência do réu, o magistrado de primeira instância, ratificado pela Corte local, optou por utilizar uma condenação transitada em julgado na primeira fase da dosimetria da pena, enquanto a outra foi valorada na segunda etapa da aplicação da pena (reincidência), motivo pelo qual se admite a sua compensação integral com a atenuante da confissão espontânea, sob pena de bis in idem.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 412154/SC, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 6/6/2018, destaquei)

Portanto, é procedente a irresignação do réu, porque **não há óbice à compensação integral entre a confissão espontânea e a agravante da reincidência, ainda que específica.**

II. Nova dosimetria

Assim, constatada a ilegalidade, passo à readequação da

reprimenda, de acordo com os parâmetros estabelecidos no acórdão impugnado.

Na primeira fase, a pena-base é fixada em **2 anos** de reclusão.

Na segunda etapa, **presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, devem ser elas compensadas** e permanecer a reprimenda no mesmo patamar.

Na terceira fase, não incidem causas de aumento e de diminuição, e a sanção torna-se **definitiva em 2 anos de reclusão**.

III. Regime prisional

Quanto à almejada modificação do regime inicial do paciente para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de pena imposto.

Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece: "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da sanção básica na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

Dentro desses parâmetros, o STJ entende: "ainda que os pacientes sejam reincidentes, é possível a aplicação do regime

intermediário, tendo em vista a quantidade das penas aplicadas – inferiores a 4 anos – e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis [...] consoante dispõe o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte Superior" (**HC n. 313.902/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 30/6/2017, grifei).

Na hipótese, **o Juiz sentenciante assim justificou a imposição do regime aberto** (fl. 25, grifei):

[...]

O mesmo não se pode dizer quanto a William. A sua reincidência específica impede a concessão de qualquer benefício.

O regime inicial de cumprimento de pena para ambos os réus será o aberto, inclusive para William, a par de sua reincidência. Isso levando em conta que se cuida de crime sem violência, de objeto de valor não expressivo, o qual foi recuperado, não experimentando a vítima prejuízo, bem como pela confissão e arrependimento demonstrados. Acrescente-se que ele se encontra em liberdade desde 18.06.2015, a fls. 180/181, está trabalhando e não voltou a se envolver em qualquer ilícito criminal, com o que, inclusive por política criminal e nos termos do artigo 33, parágrafo 3º, do CP, não faz sentido seu retorno a essa altura ao cárcere.

A Corte local, ao recrudescer o modo de cumprimento da sanção para o fechado, assentou (fl. 43, destaquei):

[...]

Em relação ao regime de cumprimento de pena, em harmonia com os termos do artigo 59 do Código Penal, a reincidência (fls.222) e também os outros registros criminais (198/202) indicam que anteriores fatos não o intimidaram a praticar novo crime, impondo que a intensidade inicial do regime de cumprimento de pena seja a fechada, pois as circunstâncias pessoais do agente devem ser consideradas para sua fixação, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. É o mesmo fundamento fático, aliás, a não permitir a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (artigo 44, incisos II e III, do Código Penal).

Pelo que se lê nos trechos ressaltados, **verifico o**

sustentado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o apenado, pois entendo que deve ser aplicada, ao caso, a exegese da Súmula n. 269 do STJ: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Confira-se o seguinte julgado:

[...]

2. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269 do STJ).

3. *In casu*, o paciente foi condenado a 1 ano e 2 meses de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado para o seu cumprimento, com base na reincidência específica, o que viola o disposto na Súmula 269 do STJ.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, estabelecer ao paciente o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena (**HC n. 323.587/SP**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe 3/8/2015).

Dessa forma, o **réu – embora reincidente**, mas **sem registro de circunstância judicial desfavorável**, confesso e condenado a **2 anos de reclusão**, por delito **sem violência ou grave ameaça à pessoa** –, diante das peculiaridades ressaltadas pelo próprio Juiz sentenciante, **deve iniciar o cumprimento da sanção em regime aberto**, a teor do art. 33, § 2º e § 3º, do CP.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, a fim de **reduzir a sanção do paciente William do Nascimento Santana para 2 anos de reclusão e fixar o regime aberto** para o início do cumprimento da reprimenda.

Publique-se e intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**