

HABEAS CORPUS Nº 534.849 - SP (2019/0283411-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA GONÇALVES DA SILVA LOUREIRO -
RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO
PACIENTE : JOSÉ GIVANILDO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

JOSE GIVANILDO DA SILVA alega sofrer coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 0100658-86.2017.8.26.0050.

Neste *writ*, a defesa requer a redução da pena e a alteração do regime. Para tanto, aponta ilegalidade na primeira fase da dosimetria, ao argumento de que as mesmas condenações foram utilizadas para configurar os maus antecedentes e a reincidência. Salienta a possibilidade de compensação integral entre a referida agravante e a confissão espontânea. Por fim, sustenta que o paciente faz jus ao regime semiaberto.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 105-106), que opinou pela **concessão parcial da ordem**.

Decido.

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, visando 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, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. São elas: 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.

O Tribunal local manteve a dosimetria realizada pelo Juiz de primeiro grau, nos seguintes termos (fls. 53-54, grifei):

Ademais, **ostenta quatro condenações transitadas em julgado** (Execução 1, com pena extinta em 03.12.1997; Execuções 2, 3 e 4, com pena extinta em 19.02.2015 e Execução 5, com pena extinta em 28.09.2016).

Descabe, até mesmo, cogitar-se, no afastamento da nota do mau antecedente, sob o argumento de que não será possível considerar a condenação como maus antecedentes após o período depurador, pois **apenas uma das condenações (Execução 1) é que foi atingida pelo período depurador, restando ainda outras três a justificar o aumento da básica.**

Deste modo, plenamente justificado o aumento da pena-base, que fica mantido.

Presente a agravante da reincidência e da atenuante da confissão, na segunda etapa, houve compensação integral.

Contudo, não é o caso de compensação integral, assistindo parcial razão ao Ministério Público.

Sobre o tema, convenci-me do acerto do atual entendimento do Pretório Excelso, segundo o qual, em princípio, a atenuante da confissão (de natureza objetiva) possui apenas o condão de suavizar o acréscimo aplicável pela agravante da reincidência (de índole subjetiva).

Dessarte, na hipótese, a atenuante da confissão deve suavizar o

acréscimo da sexta parte em razão da reincidência, pelo que o aumento, na segunda etapa, deve quedar em 1/8 (um oitavo).

O STJ tem o entendimento consolidado de que o aumento da sanção pelos maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e pelo reconhecimento da agravante do art. 61, I, do Código Penal, **desde que**

com fundamento em condenações prévias e definitivas distintas, não caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Nessa perspectiva: "ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo da pena" (**HC n. 194.234/SP**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 10/10/2014).

In casu, observo que a Corte estadual ressaltou a existência de cinco condenações definitivas distintas (apenas uma delas atingida pelo período depurador) – o que se comprova pela análise da Folha de antecedentes criminais do paciente (fls. 94-97), que possui cinco execuções –, razão pela qual **não identifico ilegalidade a ser sanada**.

Assim, o Tribunal estadual desconsiderou apenas a execução n. 1, de modo que sobram outras 4 para a análise dos maus antecedentes e da reincidência. Ressaltou a utilização de três para a caracterização dos antecedentes, na primeira etapa, razão pela qual sobra ainda uma condenação a ser adotada para configurar a agravante.

Em relação à segunda etapa da dosimetria, a Corte estadual deu parcial provimento ao apelo da acusação, a fim de afastar a compensação integral, pois "a atenuante da confissão (de natureza objetiva) possui apenas o condão de suavizar o acréscimo aplicável pela agravante da reincidência (de índole subjetiva)" (fl. 54).

Sobre o tema, 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 entendimento 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".

Assim, constato que **não há óbice à compensação integral** entre a confissão espontânea e a agravante da reincidência, haja vista que as instâncias ordinárias não destacaram a existência de múltiplas condenações definitivas anteriores na segunda fase da dosimetria.

Caracterizada a coação ilegal, passo à readequação da pena.

Partindo dos critérios adotados pelas instâncias ordinárias, verifico que a pena-base foi exasperada em 1/6, pelos maus antecedentes do réu, o que resultou em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa. Na segunda fase, restabelecida a compensação integral da reincidência com a confissão, a pena permanece inalterada, o que torna a pena definitivamente estabelecida em **4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa**, ante a ausência de causas de aumento e de diminuição.

O regime fechado foi aplicado, "considerando a quantidade de pena aplicada e a reincidência do réu" (fl. 25). A Corte estadual confirmou a modalidade mais gravosa, porquanto o acusado é "portador de maus antecedentes e reincidente" (fl. 56).

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

É dizer, 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 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "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 pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

No caso dos autos, **diante de circunstância judicial desfavorável e da reincidência do réu**, concluo não haver violação do art. 33, § 2º, do Código Penal, sendo correta a aplicação do regime

fechado.

Ilustrativamente:

[...]

7. **Diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis – no caso, as consequências e os antecedentes –, é cabível a fixação do regime fechado, aos condenados não reincidentes, para o início do cumprimento da pena superior a 4 anos e que não exceda a 8 anos, em conformidade com o § 3º do art. 33 do Código Penal.**

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas dos pacientes.

(HC n. 370.412/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 21/10/2016, destaquei).

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, apenas a fim de restabelecer a compensação integral entre a confissão e a reincidência e redimensionar a pena para **4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**