HABEAS CORPUS Nº 536.836 - SP (2019/0294981-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	TIAGO AMOS SANTANA DA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO AMOS SANTANA DA SILVA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 27-32).

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa pela prática do delito do artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

Interposta apelação, o Tribunal local deu-lhe parcial provimento para reduzir as penas para 2 anos e 4 meses de reclusão, e ao pagamento de 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante objetiva, liminarmente, a imediata transferência do paciente para o regime semiaberto. No mérito, a integral compensação da atenuante da menoridade relativa com a agravante da reincidência e a fixação do regime semiaberto.

A liminar foi indeferida (fl. 35).

As informações foram prestadas (fls. 39-54).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela sua concessão de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

É o relatório.

DECIDO.

Pleiteia a defesa a compensação da atenuante de menoridade relativa com a agravante de reincidência, além da fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

O Tribunal de origem indeferiu a pretensão defensiva de compensação da atenuante de menoridade relativa com a agravante de reincidência, com base nos seguintes fundamentos (fls. 31-32):

> **Respeitosamente, entendo que a sentença mereça ser reformada em menor extensão, no caso apenas para conferir o incremento de um sexto (1/6) diante da reincidência "genérica" (em lugar da fração de um terço, aplicada na sentença), sem se cogitar da compensação entre a agravante**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A3B02FB6-2566-43C4-BB1D-8AE62646623D

> **aludida e a atenuante representada pela menoridade relativa.**
> **Parte-se, aqui, de interpretação sistemática do artigo 67 do Código Penal que, expressamente, destaca a prevalência da recidiva sobre a atenuante referida, tal como, inclusive, já se assentou nesta Colenda Câmara Julgadora, in verbis: "Nos termos do art. 67 do Código Penal, a agravante da reincidência é circunstância preponderante.** Assim, no concurso entre a reincidência e a confissão e menoridade, aquela deve prevalecer" (TJESP, Apelação Criminal nº.
> 0022924-25.2018.8.26.0050, Relator Desembargador SÉRGIO RIBAS, julgado 14-3-2019).
> [...]
> À vista do exposto, pelo meu voto, PROVEJO PARCIALMENTE O RECLAMO DA DEFESA, no caso para mitigar o acréscimo conferido à recidiva, tornando o "castigo" definitivo em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, com multa no importe de onze (11) diárias, mantida, no mais, a sentença impugnada.

Com efeito, observa-se que, ao negar a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da menoridade relativa, o sentenciante entendeu que a citada agravante seria preponderante. Entretanto, ao assim proceder, a Corte estadual decidiu de forma contrária à jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual é devida a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da menoridade relativa, por serem igualmente preponderantes, conforme os seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. MENORIDADE RELATIVA. COMPENSAÇÃO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.
> 2. **O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a atenuante da menoridade relativa é preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.**
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a menoridade relativa, redimensionando-se as penas do paciente. (HC 373.667/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016.)

> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A3B02FB6-2566-43C4-BB1D-8AE62646623D

> PENA. ATENUANTE DA MENORIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DE AMBAS. COMPENSAÇÃO. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO.
> 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.
> 2. **Interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a atenuante da menoridade e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas, via de regra.**
> *3. Writ não conhecido.* (HC 370.460/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016.)

Sendo assim, passo ao redimensionamento da reprimenda.

Mantenho a pena-base no mínimo legal. Na segunda fase, compenso a menoridade relativa com a reincidência e, à falta de outras causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva em 2 anos de reclusão, e 10 dias-multa.

Quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, as instâncias ordinárias, assim se manifestaram:

Sentença (fl. 25):

> De acordo com o artigo 33, §2°, alínea "c", do Código Penal, **fixo o regime fechado para o réu, considerando sua reincidência**.

Acórdão (fl. 30):

> **Certo que as circunstâncias do caso concreto furto praticado em concurso de três agentes, no interior de transporte público, em plena luz do dia a par da reincidência do réu**, revelam seu comportamento altamente nocivo à Sociedade, tornando-se imperiosa sua segregação no regime mais severo para cumprimento da pena pois, do contrário, esta nunca atingirá seus objetivos, demonstrada, à saciedade, completa ausência de respeito ou temor, pelo réu, quanto à administração da justiça.

Verifica-se que, além da reincidência, o acórdão indica a periculosidade exacerbada do apelante, asseverando *que as circunstâncias do caso concreto furto praticado em concurso de três agentes, no interior de transporte público, em plena luz do dia a par da reincidência do réu,* o que caracteriza elemento concreto para a justificar a fixação de regime fechado. Neste sentido:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ART. 213, CAPUT, DO CP. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A3B02FB6-2566-43C4-BB1D-8AE62646623D

> **1. Embora a pena privativa de liberdade tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, e a sanção básica tenha sido estabelecida no mínimo legal, as circunstâncias fáticas ensejadoras do regime fechado foram bem delineadas pelo Tribunal de origem, que ressaltou a gravidade concreta do crime praticado pelo acusado, que imobilizou a vítima em via pública a fim de praticar com ela atos libidinosos, e, ainda, após o fato delituoso, esteve no recinto de trabalho da vítima, causando-lhe grande temor. Estas circunstâncias revelam uma maior ousadia e periculosidade concreta na conduta do agente, o que afasta a incidência da Súmula n. 440/STJ.**
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.440.377/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/4/2019, DJe 30/4/2019)
>
> HABEAS CORPUS. ESTUPRO TENTADO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> 1. 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.
> 2. **Embora o paciente tenha sido condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e não obstante fosse primário ao tempo do delito, teve circunstâncias judiciais valoradas de forma desfavorável (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime), pelo que se mostra devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.**
> 3. **Na espécie, o réu praticou o delito na residência da vítima (onde permaneceu à sua espera em período noturno), quando já repousava, e contra ela desferiu cinco facadas no momento da luta corporal travada. Igualmente graves as consequências sofridas pela ofendida, consistentes nos traumas físicos e psicológicos, além do fato de haver abandonado o trabalho, rompido a relação e mudado de cidade, tudo isso fruto do estigma social e do conflito conjugal gerado pelo fato criminoso praticado pelo ora paciente.**
> 4. Habeas corpus não conhecido.(HC 366.671/MT , Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016)

Ante o exposto, concedo a ordem para reduzir as penas do paciente para 2 anos de reclusão, e 10 dias-multa, mantendo os demais termos da condenação.

Comunique-se.

Publique-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A3B02FB6-2566-43C4-BB1D-8AE62646623D

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: A3B02FB6-2566-43C4-BB1D-8AE62646623D