

HABEAS CORPUS Nº 565.445 - SP (2020/0059176-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO CARVALHO DA SILVA
PACIENTE : ISAIAS DOS SANTOS CORREA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

A controvérsia foi bem delineada no parecer acostado às e-STJ fls. 50/52 pelo Ministério Público Federal, cujo relatório transcrevo a seguir (e-STJ fl. 50):

Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de LEONARDO CARVALHO DA SILVA e ISAIAS DOS SANTOS CORREA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal nº 1503020-42.2018.8.26.0050.

2. A impetrante sustenta, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na elevação da pena-base em 1/3, na segunda fase da dosimetria da pena, sem fundamentação idônea e no indevido afastamento da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

3. Requer, portanto, o redimensionamento da pena imposta.

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 50/52).

É o relatório.

Análise da fração de aumento da reincidência

No particular, rememoro que 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.

Sendo assim, o aumento da reprimenda em razão da incidência de circunstância agravante deve respeitar, em regra, o limite de 1/6 (um sexto), salvo situações excepcionais, devidamente justificadas.

No caso em desfile, o magistrado sentenciante, durante o cálculo da reprimenda, na segunda etapa da dosimetria, apontou apenas uma circunstância agravante, qual seja, a reincidência, mencionando somente uma condenação anterior com trânsito em julgado (e-STJ fl. 35); elevou a sanção em 1/3 (um terço) sem apresentar nenhuma justificativa a motivar a fração escolhida.

Desse modo, evidente a desproporcionalidade do aumento operado em decorrência do reconhecimento da agravante da reincidência, merecendo, no pormenor, ser reformada a sentença condenatória, incidindo sobre a reprimenda básica o acréscimo de 1/6 (um sexto).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ARTS. 33, CAPUT, 35, CAPUT, E 40, VI, DA LEI Nº 11.343/2006, E NO ART. 12 DA LEI Nº 10.826/2003. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO (TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO) E AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO (ART. 40, VI, DA LEI Nº 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO (ART.40, VI, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PACIENTE SAMUEL. CRIME DE POSSE DE MUNIÇÃO: ATIPICIDADE. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 1/4 SEM JUSTIFICATIVA. REDUÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/6. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

6. O acréscimo da pena em razão da agravante da reincidência se deu em 1/4 (um quarto), sem qualquer justificativa, o que não é aceito por esta Corte. Constatase que a Corte local apenas mencionou a incidência da referida agravante, sendo de rigor a redução do incremento sancionatório.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente Samuel, apenas, no tocante ao crime tipificado no art. 12 da Lei n 10.826/03, para 1 (um) ano, 6 (seis)

meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 359.055/SC, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A QUO. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, em patamar superior a 1/6, pela agravante da reincidência, requer fundamento idôneo, não se prestando a tal a simples a referência a existência de condenação definitiva por fato anterior. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. (HC 333.982/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifei.)

Passo à análise do regime fixado.

Com efeito, os ditames legais e a jurisprudência desta Corte são no sentido de que a reincidência autoriza a fixação de regime inicial mais gravoso do que aquele indicado pelas balizas fixadas nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal.

Veja-se, por oportuno, a fundamentação legal para tal entendimento:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.)

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

*b) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la*

Superior Tribunal de Justiça

em regime semi-aberto;

*c) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (Grifei.)*

Atenta a esses ditames legais, a jurisprudência desta Corte é uníssona nesse sentido, conforme se extrai dos julgados a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. RÉ REINCIDENTE. LEGALIDADE. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA EXECUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a reincidência é fundamento adequado e suficiente para justificar a adoção de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso.

2. Aplica-se o regime prisional semiaberto a ré reincidente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (Súmula n. 269 do STJ).

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.814.568/PR, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. [...] REGIME. PACIENTE DIEGO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDENTE. REGIME ADEQUADAMENTE FIXADO. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Em relação ao regime arbitrado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

[...] (HC 369.370/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017.)

Em razão da reiterada jurisprudência sobre o tema, esta Corte publicou a Súmula n. 269, cujo teor passo a colacionar:

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se

Superior Tribunal de Justiça

favoráveis as circunstâncias judiciais. (Súmula n. 269, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/5/2002, DJ 29/5/2002, p. 135.)

No caso em tela, como visto acima, a pena definitiva foi fixada em 2 anos e 8 anos de reclusão, o que ensejaria a aplicação do regime inicial aberto, conforme preceitua o art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Entretanto, como visto acima, em virtude da reincidência, o regime inicial deve ser fixado no semiaberto, ainda que de ofício.

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do referido delito, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase do cálculo, mantenho a reprimenda básica no mínimo legal – 2 anos de reclusão.

Na segunda etapa, a fração que deveria incidir seria a de 1/6, conforme consignado em linhas volvidas. No entanto, deixo de efetuar o aumento porquanto procederei à compensação da agravante da reincidência com a confissão espontânea, mantendo-se, dessarte, a pena em 2 (dois) anos de reclusão.

Na terceira fase, mantenho a causa de diminuição relativa à tentativa, e torno a pena definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para reduzir a fração de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência a 1/6 (um sexto), compensando-a com a confissão espontânea, redimensionar a reprimenda para **1 ano e 4 meses de reclusão e, de ofício, fixar o regime semiaberto**, mantido, no mais, o acórdão vergastado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator