

Furto - Condenação - Fixação da pena -
 Fundamentação - Tentativa - Diminuição -
 Critério - *Iter criminis* - Confissão espontânea -
 Reincidência - Compensação - Inadmissibilidade -
 Circunstâncias judiciais - *Quantum* inferior a
 quatro anos - Regime inicial fechado -
 Possibilidade - Denúncia - Instrução criminal -
 Co-réu - Insuficiência de prova - Absolvição -
 Sentença criminal - Parte dispositiva - Alteração -
 Princípio da economia processual

Ementa: Recurso de ofício. Denúncia recebida. Instrução regular concluída. Processo concluso para sentença. Trancamento da ação penal. Decisão heterodoxa. Absolvição decretada.

- Verificada a existência de aptidão da denúncia, sendo recebida, com o conseqüente prosseguimento do feito e conclusão de regular instrução, o caminho técnico, uma vez detectada a inexistência de provas contra o réu, é a absolvição, mormente tendo em conta os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, e o fato de o Código de Processo Penal, ao contrário do que ocorre com o Processo Civil, não prever formas de extinção do processo sem julgamento de mérito.

Apelação criminal. Processual penal. Nulidade da sentença por ausência de individualização da pena aplicada. Prudente arbítrio.

- O argumento da defesa de que a decisão inobservou o critério de fixação e individualização da pena é mesmo ilógico, porque o Juízo, ao fixar a pena, dentro do seu prudente arbítrio, atendeu ao comando do art. 59 c/c art. 68 do Código Penal, indicando as circunstâncias que entendia desabonadoras ao réu, fato que, por si só, já seria suficiente fundamentação para atender à individualização.

Tentativa de furto simples. Pena-base. Redução. Falta de amparo fático, lógico ou jurídico.

- Se o plexo das circunstâncias judiciais, dentro do cenário fático probatório, forma um contexto desfavorável, e as condições preponderantes sustentam imposição penal muito superior à mínima, a pretensão de redução sem fundamento não se justifica lógica ou juridicamente.

Atenuante da confissão espontânea. Concurso com a agravante da reincidência. Compensação. Inviabilidade. Réu reincidente específico. Preponderância da agravante.

- Incidindo concomitantemente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a primeira deve preponderar sobre a segunda, haja vista que, embora ambas sejam de natureza subjetiva, trata-se o réu de reincidente específico.

Tentativa. Critério de redução. *Iter criminis*. Precedentes do STF.

- A fixação do percentual de redução previsto para a tentativa, no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, orienta-se no sentido de que a pena deve ser diminuída na proporção inversa do *iter criminis* percorrido pelo agente, segundo as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Regime prisional. Réu reincidente. Circunstâncias judiciais amplamente desfavoráveis. Pena inferior a quatro anos. Inicial fechado. Possibilidade.

- Ao agente reincidente, que conta com a maioria das moduladoras do art. 59 do Código Penal, como lhe sendo desfavoráveis, justifica-se a adoção do regime fechado, ainda que sua pena não ultrapasse quatro anos.

Recurso de ofício a que se nega provimento, mas, de ofício, altera-se a parte dispositiva da sentença, para absolver Ricardo de Souza Martins com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal. Recurso voluntário em que se rejeita a preliminar e a que se nega provimento.

RECURSO DE OFÍCIO Nº 1.0024.99.089671-4/002 EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.99.089671-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte - Recorrido: Ricardo de Souza Martins - Co-réu: Ricardo Viriato da Silva - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2008. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de apelação criminal, em conexão com recurso de ofício, contra a sentença de primeiro grau que condenou o apelante Ricardo Viriato da Silva como incurso nas sanções do art. 155,

caput, c/c os arts. 14, II, 61, I, e 65, III, d, todos do Código Penal, a par de haver concedido de ofício *habeas corpus* a Ricardo de Souza Martins, determinando o trancamento da ação penal em relação ao mesmo, com espeque no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em relação ao réu Ricardo Viriato da Silva foi imposta a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime fechado, além do pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Entendendo ausentes os requisitos legais, o culto Sentenciante indeferiu ao referido réu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em suas razões recursais de f. 266/273, argúi a defesa do réu Ricardo Viriato da Silva preliminar de nulidade da sentença, por falta de individualização da pena-base, violando o art. 93, IX, da Constituição Federal, uma vez fixada em *quantum* superior ao mínimo, sem qualquer fundamentação, mormente no que diz respeito à culpabilidade, à personalidade, aos motivos, às consequências, aduzindo ainda que não lhe pode pesar o fato de ter sido o crime cometido à noite, uma vez que ocorreu na Rodoviária da Capital, lugar de grande movimentação de pessoas, seja à tarde ou no período noturno. No mérito, requer a redução da pena-base ao mínimo legal, por entendê-la exacerbada e sem fundamentação concreta, bem assim a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Pede também uma diminuição maior pela tentativa (1/2), por não ter-se aproximado muito da consumação do crime. Por fim, pleiteia o abrandamento do regime prisional, pois que determinado o fechado sem a devida fundamentação.

O recurso foi devidamente contra-arrazado às f. 298/307.

Nesta Instância Revisora, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do apelo (f. 311/313).

É o relatório.

Passo ao voto.

Preliminarmente, conheço do recurso oficial, a teor do disposto no art. 574, I, do Código de Processo Penal.

Heterodoxa, sem dúvida, a decisão partida de 1º grau que concedeu ao réu Ricardo de Souza Martins *habeas corpus* de ofício, para o trancamento da ação penal após percorrer todo o caminho processual probatório.

Com efeito, verificada a existência de aptidão da denúncia, sendo recebida à f. 85, com o conseqüente prosseguimento do feito e conclusão de regular instrução, e ainda, diante dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, não prevê a legislação processual, ao contrário do que ocorre com o processo civil, formas de extinção do processo sem julgamento de mérito, que não sejam as causas de extinção da punibilidade.

Tanto é assim que, uma vez recebida a denúncia e instaurada a instrução criminal, não pode o juiz rever aquela decisão, pois esgota seu conhecimento acerca das condições da ação penal.

Dessa feita, na presente hipótese, se o Magistrado entendeu inexistirem elementos nos autos que comprovassem a autoria por parte do referido acusado, após regular instrução, o caminho correto e técnico seria a absolvição, com a apreciação da matéria de mérito exposta, e não o trancamento da ação penal.

Feitas essas considerações, seria caso de cassação da sentença; contudo, penso que isso não atenderia aos princípios da economia e celeridade processual, nem aos objetivos maiores do processo criminal.

Lado outro, diante da inércia ministerial, penso que o tema se encontra exaurido, mesmo diante da proibição de *reformatio in pejus*, cabendo a este Tribunal, tão-somente, alterar o dispositivo da sentença, para o fim de absolver o réu Ricardo de Souza Martins, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Passo à análise do recurso voluntário, interposto pelo réu Ricardo Viriato da Silva, do qual conheço, uma vez presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Argúi o recorrente, como preliminar, a nulidade da sentença por inobservância ao critério de fixação e individualização da pena.

As ponderações da defesa são um tanto ilógicas, porque o Juízo, ao fixar a pena, atendeu ao comando do art. 59 c/c o art. 68 do Código Penal, indicando as circunstâncias que entendia desabonadoras ao réu, fato que, por si só, já seria suficiente fundamentação para a imposição e individualização da pena aplicada.

É que os critérios de necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime que presidem a fixação da pena, segundo as diretivas do art. 59 do Código Penal, conduzem o montante de pena ao prudente arbítrio do Juízo, de modo que a só indicação das circunstâncias que formaram o seu convencimento para a pena imposta já seria fundamento suficiente para a manutenção daquela escolhida dentro do liame temporal fixado pelo próprio tipo penal.

Vislumbramos às f. 218/225 que a individualização da pena do sentenciado pode ser dedutível da consideração dos elementos constantes do corpo da sentença, na qual se vê claro o raciocínio do culto Juiz, fornecendo ao recorrente os motivos de sua convicção e possibilitando o exercício da defesa.

Registre-se ainda que, mesmo que houvesse procedência na arguição, não conduziria à nulidade, uma vez que esta instância é perfeitamente apta a corrigir eventuais deslizamentos da dosimetria realizada.

E é neste contexto que não vejo como sustentar uma condição lógica objetiva das considerações da defesa.

Assim, rejeito a preliminar.

No mérito, não há dúvida quanto à materialidade e à autoria delitiva, até porque o réu confessou espontaneamente a prática da ação criminosa em ambas as fases processuais (f. 22 e 113/114), não tendo manifestado qualquer inconformismo contra tais aspectos.

Requer o apelante, inicialmente, a redução da pena-base ao mínimo legal, por entendê-la exacerbada e sem fundamentação concreta.

Da sentença, colhe-se que foram sopesados contra o réu a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e a ausência de contribuição da vítima, vale dizer, seis das oito circunstâncias possíveis são desfavoráveis ao mesmo.

A avaliação produzida, segundo a defesa, não teria amparo probatório nos autos; no entanto, o que se observa é que a só genérica consideração a respeito da análise não suporta o motivo alardeado como fator para a modificação da pena.

Ao contrário de suas ponderações, o que resulta dos autos é um contexto circunstancial absolutamente desfavorável ao réu.

Em relação à culpabilidade, seu comportamento de fato é reprovável. Pela só reiteração e habitualidade criminosa, mormente em crimes contra o patrimônio, aliado ao envolvimento no submundo das drogas, em contrapartida à esperada recuperação tão decantada pela teoria de tratamento e a revelarem a necessidade de destacar-se o conteúdo retributivo da imposição penal, o que por certo revela maior censurabilidade.

Quanto aos antecedentes, a certidão específica de execução de pena, de f. 140/141, nos dá conta de três condenações definitivas contra o réu, por tráfico, tentativa de furto e roubo majorado, uma das quais deve ser analisada na segunda fase de dosimetria, a título de reincidência. Por sua vez, a certidão de antecedentes criminais de f. 154/157 evidencia envolvimento do réu em crimes da mesma natureza do ora apurado, inclusive com sentença prolatada, a evidenciar seus péssimos antecedentes.

Em relação à conduta social, ainda que considerada favorável pelo ilustre Sentenciante, não há qualquer dúvida de que a condição circunstancial se encontra maculada pela só forma reiterada com que se vem dispendo a realizar ações contra o patrimônio alheio e o envolvimento com substâncias tóxicas. Outrossim, por estar preso por outros crimes, não há prova nos autos de que desempenhe atividade lícita, o que seria mesmo natural em função do volume de envolvimento em crimes contra o patrimônio.

No que tange à personalidade, ao contrário do que alega, apresenta-se de fato indolente e voltada para o crime, como bem decidiu o Julgador de primeiro grau, uma vez que, mesmo sendo condenado por crime da mesma natureza, não se dissuadiu da prática criminosa específica.

Quanto aos motivos do crime, não há dúvida de que são egoísticos e reprováveis, uma vez que se dispõe o réu a viver de pequenos furtos, ou mesmo de assalto, para manter a sobrevivência, mediante lucro fácil, muito embora não se possa dizer que as circunstâncias pudessem ser sopesadas contra o réu, ao entendimento de que o crime teria ocorrido durante o repouso noturno, em plena Capital, mais especificamente na rodoviária, às 20 horas, horário de intenso movimento não somente no referido local, mas na cidade.

Além do mais, a vítima não contribuiu para a ocorrência do crime e teve seu dinheiro restituído integralmente (f. 21), o que levou o Sentenciante a considerar favorável a consequência, porquanto diminuta, opostamente ao que aduz a combativa defesa.

Nesse contexto, mesmo que se pudesse desqualificar uma das circunstâncias judiciais analisadas, como visto acima, e muito embora o bem jurídico tutelado não tenha sofrido maiores lesões, o fato é que a culpabilidade, os antecedentes e a personalidade do réu seriam preponderantes e forjariam a imposição dada pelo Julgador, e, em que pesem as ponderações trazidas pela defesa, não vejo qualquer disfunção na pena-base imposta ao réu.

Volto a repetir, a banalização da concepção minimalista do Direito Penal vem trazendo precedentes perigosos, indo de encontro ao objetivo maior deste ramo do direito, que é a defesa da sociedade, da paz social e da própria ordem jurídica.

A esse respeito, belíssima contribuição de Edilson Mougnot Bonfim:

É assim, nesta contextualização jurídico-filosófica, que se estuda o direito penal da sociedade e se procura, por se entender que a sociedade contemporânea não se pode imaginar regida espiritualmente por uma espécie de Deus bifronte, onde uma cabeça (corrente ideológica) pretenda a propriedade do Direito Penal, ou sua própria abolição (escolas abolicionistas do direito penal, criminologia radical, etc.), cometendo, para tanto, verdadeiro despautério em quase sacralizar-se - quantas vezes! - perigosos delinqüentes, a pretexto de 'culpa social' e outra, por conseguinte, a pretexto da tutela das vítimas, que acaba recrudescendo o discurso e tornando à época do terrorismo penal, como certa vertente do 'Movimento da Lei e da Ordem'. Ambas, pelo extremismo, se opõem ao verdadeiro interesse social e se refutam rotineiramente, na conjunção dialética e constante do justo e do injusto, do direito e do não direito, do ofensor e do ofendido (*Direito penal da sociedade*. São Paulo: Oliveira Mendes, p. 63).

Não menos relevante a constatação do trabalho do catedrático italiano Élio Morselli a respeito das considerações teóricas da "ideologia de tratamento", em que se tentou afastar o caráter retributivo da pena e buscar o reconhecimento da necessidade de ressocialização e reeducação, mesmo nos países mais desenvolvidos, que sofreram enorme revés pela só constatação dos seus resultados, aduzindo:

A maior parte dos sistemas legislativos de tipo ocidental sofreu, assim, a influência daquela que sucessivamente foi denominada de 'ideologia do tratamento'. Se é verdade que o legislador não pode abdicar do direito de punir, e, por consequência, da pena como sanção a ser infligida ao réu, é igualmente verdade que ele se preocupou, de vários modos, em fazer com que a execução da pena não se constituísse num fim em si mesma, mas fosse finalista, e, por conseguinte, realizada através de toda uma série de medidas e de procedimentos de tipo ressocializador, ou, como se costuma dizer, reeducativo. O art. 27 da Constituição italiana, promulgada nos primeiros anos do pós-guerra, diz expressamente: 'As penas devem tender à reeducação do condenado'. Esta ressocialização e reeducação conseguiu alcançar, em muitos casos, a fisionomia de um tratamento terapêutico e, mais precisamente, psicoterapêutico. E é importante relevar que tal tratamento se dirige não tanto aos sujeitos inimizáveis - isto é, aos enfermos ou semi-enfermos de mente -, mas sim, 'àqueles declarados, em juízo, plenamente capazes de entender e de querer e, portanto, plenamente imputáveis. Deve-se dizer que muito tem sido feito, em tal sentido, nas últimas décadas. Na Itália, criou-se uma nova ordem penitenciária, através da qual se procurava dar a máxima importância a tais diretrizes da política criminal. Surgiram também institutos para a observação e tratamento do delinqüente, entre eles, em primeiro lugar, o de Roma-Remibbia. Foram efetuadas numerosíssimas pesquisas científicas, e surgiu uma série de publicações esmeradas e dignas de todo o respeito. Uma importante revista intitulada *Cadernos de criminologia clínica* tomou-se o órgão científico de direção geral dos institutos de prevenção e pena do Ministério de Justiça italiano. Análogas atividades surgiram em outros países, sobretudo nos países escandinavos (Dinamarca, Suécia, Noruega), na Alemanha, na França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, e outros.

Durante anos, os resultados de tais pesquisas foram debatidos em toda série de congressos internacionais, sobretudo os promovidos pela Associação Internacional de Direito Penal, pela Sociedade Internacional de Criminologia, pela Sociedade de Defesa Social e pela Fundação Penal Penitenciária, além da Organização das Nações Unidas.

Mas, no decorrer dos anos setenta, tornou-se evidente, como balanço, estarem todas essas tentativas muito aquém das expectativas. Não obstante os esforços empreendidos, o nível da delinqüência, longe de regredir, estava aumentando. Até mesmo onde foram feitas as maiores tentativas terapêuticas, o próprio fenômeno da reincidência não só não diminuiu, como estava aumentando.

Rapidamente, passou-se, então, da euforia para a desilusão. A ideologia do tratamento foi definida por muitos como uma utopia, a tal ponto que mais de um autor (como Bettiol, na Itália, e Alf Ross, na Dinamarca), chegavam a falar em 'mito da reeducação'.

Contrariamente, os defensores da eficácia do tratamento sustentavam que os fracassos deviam ser imputados ao fato de tal tratamento não ter sido aplicado corretamente e com a abundância de meios que se faziam necessários, e que, por consequência, longe de decretar a sua falência, o legislador deveria ulteriormente incentivá-lo.

Resta, todavia, o fato de que, neste ínterim, e não somente por causa deste fracasso, o problema das causas profundas da criminalidade, e, portanto, da procura de meios e de métodos para combatê-la, tem se revelado muito mais complexo e de difícil solução de todo o quanto fora inicialmente previsto (publicado na *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* nº 03, ago./set. 2000, p. 5).

E lança luzes a respeito dos objetivos da reprimenda penal, ao afirmar:

As conclusões a que chegamos são, em síntese, as seguintes: é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos finais da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como 'efeitos induzidos', ou seja, indiretos, da função retributiva da pena. Sim, esta função deve ser considerada no sentido de satisfação das necessidades emocionais da punição; isto, porém, é uma satisfação que não tem a finalidade em si mesma, mas que visa o mais profundo mecanismo de defesa do Eu individual e social. Mais exatamente podemos dizer que é uma exigência de neutralizar, isto é, de remover os efeitos da perturbação do equilíbrio intra-psíquico coletivo, e, conseqüentemente, do alarme social causado pelo fato criminoso na consciência coletiva.

E remata:

A pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade. Se perder de vista este necessário significado de decorrência de um *malum actionis*, considerando, assim, a pena unicamente como um instrumento de política criminal, então, não mais será possível conseguir a já descrita neutralização do alarme social, nem, por conseguinte, a reconstituição do equilíbrio intra-psíquico individual e coletivo. Conseqüentemente, nem o sentimento de justiça e nem a consciência jurídico-social encontrarão a necessária satisfação e consolidação (ob. cit.).

Destaco a posição sempre atual do Mestre Nelson Hungria, lembrado com especial relevo pelo Professor João José Caldeira Bastos, da Universidade Federal de Santa Catarina, ao afirmar:

O crime não é apenas uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um impessoal 'modelo de fábrica', mas um trecho flagrante da humanidade. A ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa platitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem que vir para o chão do átrio onde ecoa o rumor das ruas, o vozeio da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bramido da tragédia humana (publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, v. 2, 1999, p. 71).

Por conseguinte, não tem a menor sustentação jurídica e até mesmo fática ou lógica a pretensão reducionista.

No concernente ao pleito de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mais uma vez sem razão o apelante.

Ainda que confessada a prática delitiva pelo apelante em ambas as fases, o concurso da aludida atenuante com a agravante da reincidência faria preponderar a reincidência específica (Feito 02493060076-3 - f. 140), a indicar que a pena fixada foi dosada de forma prudente e escorreita.

Apesar de posicionamentos contrários, outro não tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, se não vejamos:

Habeas corpus - Lesão corporal grave - Dosimetria da pena - Revisão criminal - Atenuante compensada na sentença - Manutenção da reincidência e da confissão espontânea - Preponderância da agravante - Peso diferenciado - Possibilidade - Ordem denegada.

- É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal, a reincidência é causa que prepondera sobre a confissão, devendo, no momento da escolha da resposta penal, receber maior valoração, ou seja, a pena-base deve ser agravada em maior proporção do que atenuada.

- Ordem denegada. (STJ - HC 200201190222 - (24447 SP) - 6º T. - Rel. Min. Paulo Gallotti - DJU de 28.11.2005 - p. 00337.)

Logo, a pretensão não se sustentaria.

Pede também o recorrente uma diminuição maior pela tentativa (1/2), por não ter-se aproximado muito da consumação do crime.

De fato, a tentativa tem correspondência de pena à atribuída ao crime consumado, com diminuição de um a dois terços, na forma declinada no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, inexistindo, no entanto, um critério orientador de quais os percentuais matemáticos devem prevalecer para fins de se fixar a diminuição.

Alguns defendem a tese de que quanto mais o sujeito se aproxima da consumação, menor deve ser a diminuição da pena; quanto menor for a aproximação da consumação, maior deve ser a redução. Outros pretendem lastrear a imposição pelo critério da suficiência e necessidade. Há quem defenda as circunstâncias pessoais de cada caso e, finalmente, quem sustenta a necessidade de observações das circunstâncias e da personalidade do réu.

Certo é que o Supremo Tribunal Federal vem adotando como critério orientador da redução o caminho percorrido pelo réu durante o *iter criminis*, se não vejamos:

Habeas corpus - Roubo qualificado - Tentativa - Fixação da pena - Jurisprudência do STF. - A jurisprudência do STF fixou-se no sentido de que, reconhecida a tentativa, a pena há de ser diminuída na proporção inversa do *iter criminis* percorrido. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada (HC 71341-SP, 2º T., Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 28.03.1995, p. 28355).

No mesmo sentido: HC 85834-RJ - 1ª - Rel. Min. Eros Grau - DJU de 12.08.2005 - p. 05; HC 78108-SP - 1ª T. - Min. Ilmar Galvão - DJU de 09.04.1999 - p. 05; HC 70130-SP - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU de 28.05.1993 - p. 10.386.

No caso específico, restou apurado que o réu, sorrateiramente, no momento em que a vítima subia num ônibus, abriu a mochila que esta carregava nas costas e subtraiu a importância em dinheiro de R\$ 40,00, sendo perseguido e preso pela Polícia.

Portanto, evidente que a ação desenvolvida pelo correnter se aproximou ao máximo da consumação, só não se consumando diante da atuação policial, circunstância que, sem qualquer sombra de dúvida, impõe a manutenção da respeitável decisão de 1º grau, que se orientou na menor diminuição possível, ou seja, 1/3 (um terço).

Por fim, tendo em vista o inconformismo quanto ao regime inicial fixado para o cumprimento da pena, devo registrar, ao contrário das ponderações da defesa, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, que vem sustentando que a reincidência do réu conduziria ao regime penitenciário fechado obrigatório, se não vejamos:

Reincidência e regime fechado: a regra estabelecida pelo Código Penal é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante da sua pena (ver alíneas b e c do § 2º, deste artigo [art. 33]). E tem sido posição majoritária na doutrina e na jurisprudência não poder o réu reincidente receber outro regime, mormente quando apenado com reclusão, que não seja o fechado (in *Código Penal comentado*. 4. ed. Ed. RT, 2003, p. 221).

Na mesma linha de argumentação Mirabete, que expõe:

[...] estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão que são reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos (in *Manual de direito penal*. 6. ed. Editora Atlas, p. 245).

Penso, no entanto, que a dedução extraída logicamente dos três dispositivos legais não procederia para todos os casos em que o réu seja reincidente, porque a imposição de regime não suporta o engessamento pretendido, mormente nas condições do § 3º ao art. 33 do Código Penal.

Não se pode olvidar o predomínio das decisões produzidas pelo Supremo Tribunal Federal que defende a idéia de que nem mesmo o réu primário tem direito subjetivo ao regime penitenciário declinado na alínea c do § 1º do art. 33 do Código Penal, pelo só montante da pena aplicada, uma vez que a avaliação dependeria das condições do § 3º do referido dispositivo legal que faz específica alusão à possibilidade de fixação do regime segundo as circunstâncias judiciais (STF - HC 83.478-SP - 1º T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU de 30.04.2004; HC 80.919-SP - 2º T. - Rel. Min. Nelson Jobim - DJU de 12.06.2001; e recentemente HC 85.531-SP - 2º T. - Rel. Min. Celso de Melo - DJU de 14.11.2007; HC 84.306-PR - 2º T. - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJU de 10.08.2007).

Destaco que a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal é taxativa no sentido de que a fixação de regime mais severo do que aquele parametrizado, depende, necessariamente, de motivação idônea, condição que me parece absolutamente escorreita.

Tenho defendido o ponto de vista de que a imposição do regime obrigatório fechado dependeria concomi-

tantemente de uma pena privativa de liberdade superior a quatro anos e da reincidência, porque seria impossível qualquer outro regime no contexto legalmente admitido; mas, após meditar longamente sobre o assunto, em função da própria posição adotada por alguns julgados desta Câmara, não consegui reunir elementos a darem sustentação lógica ou jurídica para a conclusão de que o regime fechado seja obrigatório ao reincidente em todos os casos.

Tenho firmado tal posicionamento em virtude do entendimento sedimentado na Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, que admite aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos a adoção do regime semi-aberto na hipótese de serem favoráveis as circunstâncias judiciais.

No entanto, no caso dos autos, como discutido acima, ao réu é desfavorável o plexo das circunstâncias judiciais, o que, aliado à sua reincidência, justifica o regime fechado imposto, apesar do *quantum* da pena.

Logo, vistas sob qualquer ângulo, não merecem prevalecer as pretensões recursais do réu Ricardo Viriato da Silva.

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial, mas, de ofício, procedo à correção da parte dispositiva da sentença, para absolver Ricardo de Souza Martins da imputação contida na denúncia, com fulcro no inciso VI do art. 386 do Código Penal. Quanto ao recurso voluntário, rejeito a preliminar e nego-lhe provimento.

Custas do recurso voluntário, pelo apelante, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

DES. FERNANDO STARLING - Acompanho o em. Relator com relação à decisão que apreciou o recurso de ofício aqui atuado sob o nº 1.0024.99.089671-4/002.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - De acordo.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...