



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000427917

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1523635-28.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLEBER ALFREDO DE SENAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Em sede de juízo de retratação (artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil), mantiveram a r. decisão anteriormente proferida por esta Colenda 9ª Câmara Criminal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E GRASSI NETO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

SÉRGIO COELHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 61096

APELAÇÃO Nº 1523635-28.2023.8.26.0228 – PD

APELANTE: SÃO PAULO – 28ª VARA CRIMINAL

APELANTE: CLEBER ALFREDO DE SENAS

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

Ementa. Artigo 1030, inciso II, do Código de Processo Civil. Apreciação pela Turma Julgadora, exclusivamente, quanto à possibilidade de aumento na fração de 1/6 (um sexto) pela agravante da reincidência específica. Precedente da jurisprudência do STF e inexistência de súmula vinculante em sentido contrário. Decisão mantida em sede de Juízo de retratação.

Pela r. sentença de fls. 220/226, Cleber Alfredo de Senas, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, apelou a Defensoria Pública, requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade das provas por ilicitude da busca pessoal, ante a ausência de fundada suspeita para a abordagem policial. No mérito, buscou a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 ou, quando não, a fixação da pena-base no mínimo legal, a redução da fração de aumento pela reincidência específica e a fixação de regime inicial diverso do fechado, aplicando-se a detração (fls. 267/285).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 289/299), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 310/313).

Pelo v. Acórdão de 29/11/2024, esta C. 9ª Câmara de Direito Criminal rejeitou a matéria preliminar e negou provimento ao recurso do réu, mantendo, intacta, a r. sentença monocrática (fls. 316/335).

A ilustre Defensoria Pública interpôs Recurso Especial postulando o reconhecimento de ilegalidade da prova por violação ao artigo 244 do CPP, o afastamento dos maus antecedentes ou a redução da fração de aumento para 1/8 (um oitavo), bem como a redução do índice de aumento pela reincidência específica (fls. 342/355).

Sobreveio, então, o r. despacho de fls. 365/366, do eminente Desembargador Camargo Aranha Filho, DD. Presidente da Seção de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, que, em cumprimento ao disposto no artigo 638 do Código de Processo Penal e artigo 1030, II, do Código de Processo Civil, determinou que o órgão colegiado reapreciasse a questão, em razão da tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, Tema 1172, no sentido de que *“A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso”*.

Este é o relatório.

Com efeito, não obstante as respeitáveis opiniões dos que entendem de modo diverso, penso que o v. Acórdão deve ser mantido tal como proferido.

Observe, a propósito, que esta Colenda Câmara Criminal tem conhecimento do precedente referido (Recurso Especial nº 2003716/RS (Tema 1172) e, a despeito disso, na hipótese dos autos,

entendeu por bem manter a r. sentença no que diz respeito ao aumento de 1/3 (um terço) da pena na segunda fase da dosimetria, tendo em vista a presença da agravante da reincidência específica.

Como bem constou do Acórdão, o acréscimo não se mostrou exagerado nem equivocado, já que a lei não estipula o “*quantum*” de aumento que deve ser aplicado pela reincidência (específica), ficando a opção a critério do Juiz sentenciante.

A propósito, a doutrina especializada é no sentido de que '*o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz*' (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1; 11^a ed., São Paulo, Saraiva, p. 583).

Assim, por ser mais reprovável a conduta do agente que, após sofrer condenação com trânsito em julgado, volta a praticar a mesma infração penal, justifica-se plenamente a imposição de maior percentual, na segunda fase da dosimetria, pelo reconhecimento da agravante da reincidência, sobretudo em respeito aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Não se pode olvidar, ainda, que o legislador, em diversas passagens do Código Penal, demonstrou excessiva preocupação com a reincidência específica, fato impeditivo de diversos benefícios, a exemplo da reprimenda alternativa (art. 44, § 3º) e do livramento condicional (art. 83, inciso V), a revelar tratamento mais rigoroso ao agente recalcitrante, em detrimento do episódico.

Na hipótese *sub judice*, no que tange ao apelante, resta evidenciado que a sanção penal anterior, inclusive por crime idêntico não alcançou as suas finalidades, quais sejam, repreensão,

retribuição e ressocialização, do que exsurge o elevado grau de reprovação do injusto cometido, apto a autorizar maior incremento.

Nesse sentido, aliás, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

*(...) mesmo contexto, o ato apontado coator assentou que "Com relação à segunda fase da dosimetria, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'a fração de aumento de 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria, por incidência da agravante da reincidência, tem sido a usualmente adotada pela jurisprudência desta Corte, ressalvada fundamentação concreta que justifique outro patamar'. (HC 353.260/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016; sem grifos no original.) **No caso, reitero que foi concretamente fundamentada a fixação de fração superior a 1/6 (um sexto) para agravamento da pena pela reincidência, em razão de a anterior condenação ter ocorrido também em razão do crime de tráfico, tratando-se, portanto, de reincidente específico**".*

Portanto, há fundamentação concreta para o acréscimo, forte na reincidência do Paciente em delitos de tráfico de drogas.

Ao contrário do que sustenta a Defesa, é possível fixar o aumento pela reincidência acima de 1/6 (um sexto), pois não há especificação legal das frações de exasperação na segunda fase da dosimetria.

(...)

Nesse sentido: RHC 138.101, da minha relatoria; HC 101.918, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Devidamente fundamentada, a exasperação, em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional, descabe, na via estreita do habeas corpus, a intervenção desta Suprema Corte no processo dosimétrico.

A dosimetria persegue um resultado qualitativo - não aritmético - necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Nesse sentido, tenho manifestado recorrentemente que a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores (por todos, HC 107.409/PE de minha relatoria; AP 694, de minha relatoria). (...)” (STF, HC 216.198-SP, Relatora: Min. Rosa Weber, Julgamento: 01/06/2022, Publicação: 06/06/2022, g.n.).

Além disso, importante ressaltar que esta Corte, *data maxima venia*, não está compelida a aplicar o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, desde que bem fundamentadas as decisões proferidas em sentido diverso ao adotado pela Instância Superior, mormente quando prolatadas em perfeita consonância com a lei em vigor, bem assim com forte corrente doutrinária e jurisprudencial, inclusive do C. Supremo Tribunal Federal.

Portanto, sem embargo da existência de respeitáveis opiniões em contrário, mantenho a minha convicção, ressaltando a

inexistência de Súmula Vinculante que trate do tema em análise, e salientando que pensar de forma diversa seria contrariar frontalmente disposição expressa em lei federal, qual seja, o Código Penal.

Ante o exposto, em sede de juízo de retratação (artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil), meu voto mantém a r. decisão anteriormente proferida por esta Colenda 9ª Câmara Criminal.

SÉRGIO COELHO
Relator
(Assinatura Eletrônica)