



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.262 - MG (2015/0309247-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MAYCON GUSMAO FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXASPERAÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE, COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

4. No caso, apenas os maus antecedentes ensejam a exasperação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, pois os demais fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias são circunstâncias genéricas e abstratas, inerentes ao fato típico comum ou desprovidas de maior reprovabilidade. Assim, revela-se proporcional a fixação da pena-base em 1/6 acima do mínimo legal.

5. Predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a multireincidência constitui justificativa idônea para acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena.

6. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores.

7. Não obstante o paciente tenha sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a ponderação negativa das circunstâncias judiciais justificam a fixação do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente, mantido o regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.262 - MG (2015/0309247-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MAYCON GUSMAO FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAYCON GUSMÃO FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0209.10.001203-5/001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal (e-STJ fls. 223/228).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reduzir a pena do paciente para 4 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 357/370), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - ART. 155, § 4º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL - RECURSO DEFENSIVO - TESES - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO DE PENA - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Restando comprovadas a autoria e materialidade do delito, não há como acolher a pretendida absolvição por negativa de autoria, ou por insuficiência probatória. Em se tratando de delito patrimonial, a apreensão da "res furtiva" em poder do agente gera verdadeira inversão do ônus probatório, com presunção "iuris tantum" da autoria, cabendo ao acusado apresentar elidente da comprometedora posse. Segundo entendimento jurisprudencial uníssono, não se admite o reconhecimento de maus antecedentes e de reincidência, fulcrado em apenas uma condenação penal transitada em julgado, contudo, não havendo simultaneidade na condenação utilizada como circunstância judicial, não há que se falar em bis in idem. Diante das peculiaridades do caso e em atendimento aos princípios da individualização da pena e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalidade, ante a multirreincidência do réu em crimes de mesma natureza do ora tratado, trata-se de hipótese excepcional de aumento de pena em patamar superior a 1/6, de modo a clamar por uma majoração proporcional e, por consequência, mais rigorosa do que aquela recomendada pelas diretrizes jurisprudenciais. Nos casos em que o recurso de apelação for provido ou parcialmente provido, tendo em vista o entendimento majoritário no sentido da impossibilidade de aplicação do instituto da sucumbência no Direito Processual Penal, imperiosa a isenção das custas processuais recursais, já que a Defesa não mobilizou em vão a máquina judiciária, logrando beneficiar o apelante com a sua interposição.

Os embargos de declaração então opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 390/394).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/17), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois a Corte local manteve: **a)** a pena-base exasperada sem motivação idônea; **b)** a ponderação dos antecedentes criminais tanto na primeira quanto na segunda fase da dosimetria; **c)** aumento desproporcional pela existência de circunstância agravante; e **d)** o regime prisional fechado sem motivação concreta.

Ao final, formula pedido liminar para suspender o processo e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena-base seja conduzida ao mínimo legal, redimensionando-se a pena do paciente, além de fixar regime prisional mais brando, observada a detração.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 409/428 e 436/513.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 517/525, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para reduzir a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PENA BASE FIXADA DESPROPORCIONALMENTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÕES DISTINTAS UTILIZADAS PARA VALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL PELA PRESENÇA DE AGRAVANTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO ESTABELECIDO. POSSIBILIDADE DE ABRANDAMENTO PARA O SEMIABERTO. NÃO CONHECIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*DO WRIT E A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA O
REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE E PARA FIXAR O
REGIME INICIAL SEMIABERTO.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.262 - MG (2015/0309247-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o redimensionamento da pena do paciente, com ênfase para a indevida exasperação da pena-base, concomitante consideração da reincidência na 1ª e 2ª fase da dosimetria, desproporcionalidade no agravamento da pena em virtude da reincidência, além da fixação de regime prisional mais brando, observada a detração penal.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante para fixar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena do paciente (e-STJ fls. 226/227):

Analizando as diretrizes fixadas nos artigos 59 e 68 do Código Penal tenho que o acusado é plenamente culpável, pois tem consciência da ilicitude de sua conduta, sendo ainda plenamente exigível conduta diversa; os antecedentes são desfavoráveis, pois possui condenação com trânsito em julgado por tráfico de drogas e associação (autos 0020891-09.2013.8.13.0209). É ainda reincidente, fato que será analisado na segunda fase de aplicação da pena; A sua conduta social é inadequada, pois o acusado possui várias anotações, uma condenação com trânsito em julgado e várias reincidências por crimes diversos, demonstrando fazer do crime seu meio de vida. Sua personalidade é voltada para o crime. Os motivos são desconhecidos. As circunstâncias e as consequências foram graves, pois os bens não foram integralmente restituídos à vítima e houve prejuízo gerado pelo arrombamento. Fixo a pena-base em 3 anos de reclusão e 22 dias-multa.

Não há atenuantes. Reconheço a agravante da reincidência (autos nº 0883629-73.2008.8.13.0209, autos nº 0883637-50.2008.8.13.0209, autos nº 0883645-27.2008.8.13.0209 e autos nº 0822635-79.2008.8.13.0209 - CAC fls. 135/138), aumentando a pena em 8 (oito) meses por cada reincidência. Fixo a PENA INTERMEDIÁRIA em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 64 (sessenta e quatro) dias-multa.

Não há causas de diminuição nem de aumento a serem consideradas. Fixo a PENA DEFINITIVA em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 64 (sessenta e quatro) dias-multa.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a pena-base e reduziu o *quantum* de aumento pela incidência da agravante da reincidência, conforme segue (e-STJ fls. 365/368):

No caso em tela, verifica-se que o critério trifásico de fixação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal, foi rigorosamente observado, analisando o MM. Juízo sentenciante, de forma individualizada, todas as circunstâncias judiciais, não havendo qualquer alteração a ser procedida na primeira fase.

O MM. Juiz singular considerou as circunstâncias judiciais consistentes na culpabilidade, antecedentes, conduta social, circunstâncias e consequências do crime como desfavoráveis ao apelante, mediante fundamentação idônea, de acordo com os elementos concretos extraídos dos autos, que justificam a exasperação da pena-base, razão pela qual fica mantida.

Cumprе salientar que a fixação da pena-base no mínimo legal não é direito subjetivo do réu, sendo que, existindo circunstâncias judiciais que o desfavoreçam, encontra-se justificada a sua aplicação acima do mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, guardadas as devidas proporções:

[...]

Ademais, ao contrário do alegado pela defesa, verifica-se que o ilustre Juiz de primeiro grau utilizou a condenação proferida nos autos do processo nº 0209.13.002089-1 para valoração dos antecedentes como desfavoráveis, a qual não foi mencionada na segunda fase para quantificação da agravante da reincidência, não havendo que se cogitar, portanto, da ocorrência de bis in idem.

Segundo entendimento jurisprudencial uníssono, o que não se admite é o reconhecimento de maus antecedentes e de reincidência, fulcrado em apenas uma condenação penal transitada em julgado, o que não ocorre no caso dos autos. Isso porque, uma das sentenças transitadas em julgado já é suficiente para exame dos antecedentes e as demais já podem ser utilizadas para fazer incidir a agravante da reincidência.

Na segunda fase, inexistentes circunstâncias atenuantes, lado outro, reconheceu-se em desfavor do acusado a agravante da reincidência, tendo sido fixada a pena-provisória em 06 anos e 06 meses de reclusão, e 64 dias-multa, quantum que, segundo a defesa, superou o patamar máximo de 1/6 admitido pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Da análise dos autos, verifico que o MM. Juiz de Direito sopesou a pena provisória em razão da multirreincidência, contudo, diversamente do entendimento do Juízo de primeiro grau, tenho que referida análise deve ser retocada, pois entendo que o aumento operado restou exasperado.

De modo que, quanto ao pleito de redução da pena aplicada, razão em parte ao apelante. Veja-se.

Nesta esteira, importa esclarecer que, muito embora não tenhamos atualmente um consenso quanto à razão ideal a ser adotada para agravantes e atenuantes, ante a ausência de critérios definidos em lei para aplicação das circunstâncias legais, de fato, tornou-se difundido e aceito na esfera jurisprudencial dos Tribunais Superiores a aplicação, em regra, do coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida.

Porém, imperioso ponderar que de acordo com o que se vê da CAC de fls. 135/138, o réu ostenta 03 condenações transitadas em julgado em momentos anteriores aos fatos em tela, processos 0209.08.088362-9, 0209.08.088363-7 e 0209.08.088364-5, sendo todas elas por crimes contra o patrimônio.

Desse modo, diante das peculiaridades do caso e em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, ante multirreincidência do réu, frise-se, em crimes de mesma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza do ora tratado, vejo a hipótese em espécie como uma nítida exceção à regra pretoriana, de modo a clamar por uma majoração proporcional e, por consequência, mais rigorosa do que aquela recomendada pelas diretrizes jurisprudenciais.

Isso porque a sua condição de multirreincidente exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por um agente que carregue a condição de reincidente por força de um único evento isolado em sua vida.

Noutras palavras, equiparar o acusado reincidente ao multirreincidente, de forma simplista, seria violar o princípio constitucional da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, bem como o princípio da proporcionalidade que elege, dentre os seus muitos parâmetros, a necessidade de observância das particularidades pessoais do acusado.

Assim, entendo como razoável e proporcional a exasperação da pena na fração de 1/3 para a agravante em comento, fixando a pena-provisória em 04 anos de reclusão e 30 dias-multa.

Na terceira fase, não havendo causas de diminuição ou aumento, torno a pena definitivamente fixada em 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 30 dias-multa.

E, como cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CITAÇÃO DO CONCEITO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS DA UTILIZADA, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. MOTIVOS. CUPIDEZ E LUCRO FÁCIL. RAZÕES INERENTES AOS DELITOS PATRIMONIAIS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECUPERAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARCIAL DA RES FURTIVA. DECORRÊNCIA COMUM AOS DELITO DE FURTO. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O aumento da pena-base pela culpabilidade requer fundamento concreto, não se prestando a tal a mera citação do conceito de culpabilidade.

3. A valoração negativa dos antecedentes e da personalidade, à míngua de condenações definitivas diversas da utilizada na segunda fase como reincidência configura constrangimento ilegal, nos termos da Súmula 444/STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

4. Não constitui fundamento válido para o aumento da pena-base como motivos do delito a cupidez e o lucro fácil, por se tratarem de circunstâncias que não exorbitam das comuns à espécie (furto), enquanto delito de cunho patrimonial. Precedentes.

5. A recuperação parcial da res furtiva - sem maiores implicações - constitui decorrência comum dos delitos patrimoniais. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente a 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa. (HC 152.311/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 23/9/2015)

[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAIOR REPROVABILIDADE DO DELITO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO EM RAZÃO DO PROSSEGUIMENTO DA PRÁTICA CRIMINOSA APÓS O DISPARO DE ALARME NO LOCAL. INVIABILIDADE DE ELEVAÇÃO DA SANÇÃO EM RAZÃO DA CUPIDEZ E MERCENARISMO. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. Embora o furto a uma igreja efetivamente possua maior censurabilidade social, agredindo não apenas o patrimônio particular, mas também a fé e o sentimento religioso de parcela da comunidade, o fato de o paciente haver prosseguido na prática criminosa mesmo depois de o alarme do templo soar não constitui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento idôneo apto a justificar a elevação da reprimenda na primeira fase da dosimetria, uma vez que inerente ao tipo penal infringido.

3. Os motivos do crime, por sua vez, são as razões que levaram o agente a cometer o crime, sendo que, no caso em tela, o mercenarismo e a cupidez são inerentes à prática do delito de furto, não revelando, por conseguinte, a maior reprovabilidade da conduta imputada ao paciente.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 4 (quatro) dias-multa. (HC 277.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 30/9/2014)

Assim, no que tange à pena-base, constata-se que a Corte local manteve a exasperação em metade, calcada em circunstâncias parcialmente inidôneas.

Com efeito, a ausência de restituição integral dos bens da vítima e respectivos prejuízos, quando comuns, além da consciência da ilicitude, são circunstâncias inerentes ao crime de furto qualificado. Além disso, a conduta social não pode ser ponderada negativamente com base no mesmo fato que configurou maus antecedentes.

Em consequência, remanescendo apenas a circunstância negativa dos maus antecedentes, resulta imperativo redimensionar a pena-base, que deve ser exasperada em apenas 1/6, mediante critério de proporcionalidade e adequação.

No que toca à fração de aumento decorrente da incidência da agravante da reincidência, não há falar em desproporcionalidade, tendo em vista que a Corte de origem a reduziu para 1/3, *quantum* de aumento que se revela consentâneo com a multireincidência do paciente – 4 condenações definitivas aptas a configurar reincidência – conforme ressaí das transcrições supra.

Sobre o tema, segue a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. LEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 anos de reclusão mais 12 dias-multa. (HC 258.693/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 28/3/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. RÉU MULTIREINCIDENTE. AUMENTO DE METADE. CONFISSÃO. DIMINUIÇÃO DE 1/6. PATAMARES PONDERADOS E RAZOÁVEIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Nenhuma ilegalidade pode ser depreendida dos fundamentos utilizados pela Corte Estadual para individualizar a pena do ora Paciente, manifestamente ponderados e equilibrados, em especial o percentual de redução pela confissão do agente. Ora, houve a consideração das várias reincidências, que justificaram o aumento da pena-base pela metade, com a redução de um sexto pela confissão, parâmetros absolutamente dentro daqueles aceitos pela jurisprudência das Cortes Superiores.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 258.349/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 5/3/2014).

Ressalta-se, ademais, que não há falar em *bis in idem* na ponderação negativa dos maus antecedentes e incidência da agravante da reincidência, pois a Corte de origem foi expressa em afirmar que a condenação utilizada como maus antecedentes na primeira fase da dosimetria é diversa das que embasaram o agravamento da pena na segunda fase, o que também pode ser extraído da transcrição supra.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse ponto, importa considerar que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. POSSE TRANQUILA DA RES. PRESCINDIBILIDADE. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. REGIME INICIAL FECHADO. SÚMULA 440 DO STJ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

[...]

4. Pacificado nesta Corte que não caracteriza bis in idem "quando são consideradas condenações distintas para aumentar a pena na primeira fase, em razão dos maus antecedentes e na segunda fase, pela reincidência" (HC 266.712/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 26/06/2015).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 314.642/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 1º/9/2015).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

1. Não configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e reincidência. No caso, o magistrado utilizou duas condenações diversas para exasperar a primeira e a segunda fase da dosimetria, estando o acórdão que manteve a sentença em consonância com o entendimento desta Corte Superior. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 560.252/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 13/2/2015).

Em consequência da parcial ilegalidade reconhecida na dosimetria da pena, conforme fundamentação supra, passo a redimensionar a pena do paciente.

Fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal em virtude da circunstância negativa dos maus antecedentes, perfazendo 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mantida a fração de acréscimo na segunda fase em 1/3, a pena do paciente fica redimensionada para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 14 dias-multa, que se torna definitiva na ausência de causas de aumento ou diminuição.

Por fim, o regime prisional não comporta alteração.

Afinal, embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais negativas constituem óbices ao pretendido regime mais brando, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, não sendo hipótese de aplicação do enunciado da Súmula 269/STJ.

Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TORTURA. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PACIENTES REINCENTES. AFASTAMENTO DA SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. 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 na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Foi também editado o enunciado n. 269 da Súmula deste Tribunal: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais,

3. No caso, embora condenados a penas não superiores a 4 anos, os pacientes são reincidentes, com circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual revela-se idônea a fixação do regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 341740/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 2/02/2016.

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. VALOR EXPRESSIVO DO BEM SUBTRAÍDO. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E RECIDIVA. DETRAÇÃO DE REGIME. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie.

2. O princípio da insignificância reafirma a necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do direito penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, não houve dano juridicamente relevante. No entanto, o bem furtado foi avaliado em R\$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais), montante expressivo, porquanto equivalente a cerca de 22% do salário-mínimo à época do fato. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente específico. Precedentes.

4. Em que pese a Súmula/STJ n. 269 reconhecer a possibilidade de fixação do regime semiaberto para o desconto de penas impostas a réus reincidentes, se a pena-base foi estabelecida acima do piso legal, por serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mostra-se cabível o cumprimento inicial da pena em regime fechado.

5. Com o advento da Lei n. 12.736/12, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer, ainda, que não restou afastada a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciado não houver adotado tal providência.

6. Tratando-se de decreto condenatório já transitado e considerando a existência de outras execuções em curso, deve o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando. Precedente.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de fixação de regime prisional menos severo, considerando o instituto da detração. (HC 339285/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/04/2016)

Por fim, no que se refere à detração da pena para efeito de fixação do regime inicial, a questão não foi enfrentada pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal Superior implicaria supressão de instância. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO DIANTE DA DETRAÇÃO (CPP, ART. 387, § 2º). IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA BASE EM RAZÃO DA MAIOR CULPABILIDADE DO AGENTE. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

02. Salvo situações excepcionalíssimas, "matéria que não foi enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância" (RHC 39.351/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/08/2014; HC 228.527/AP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; HC 248.875/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/08/2014; RHC 43.972/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/09/2014).

[...]

06. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente. (HC 272.154/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 2/6/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O tema referente à detração não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 333.506/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 5/11/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 14 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0309247-8

HC 344.262 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120356120108120209 0209100012035 10209100012035001 120356120108120209
15002685120128130024 209100012035

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: MAYCON GUSMAO FERREIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.