



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.281 - MS (2010/0068083-4)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ HENRIQUE DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO. TENTATIVA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM EM PARTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).
2. O pleito de alteração do regime carcerário não foi examinado pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser apreciada a matéria por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.
3. Ademais, ainda que fosse conhecido o pedido, inviável a tese defensiva, visto que, nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.
4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido a fim de reduzir a pena imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a concedeu, nos termos da Sra. Ministra Relatora." O Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 09 de agosto de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.281 - MS (2010/0068083-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ HENRIQUE DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRÉ HENRIQUE DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação Criminal n.º 2009.031374-6/0000-00).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, por infração ao disposto no artigo 155, *caput*, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, à reprimenda de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 23 (vinte e três) dias-multa.

Em sede de apelo defensivo, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso a fim de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a sanção para 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Daí o presente *habeas corpus*, no qual a impetrante sustenta que a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea. Cita precedente desta Corte Superior de Justiça.

Defende, ainda, que o paciente faz jus a iniciar o desconto da sanção no regime intermediário, pela incidência da Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça, haja vista a reprimenda reclusiva ser inferior a 4 (quatro) anos.

Ressalta que as circunstâncias judiciais são totalmente favoráveis ao paciente e foram valoradas de forma equivocada, com fundamentação vaga e mediante a utilização de circunstâncias próprias do tipo legal.

Alega que as condenações transitadas em julgado já foram utilizadas como reincidência, não podendo servir para aumentar a pena-base, sob pena de *bis in idem*.

Acentua que a conduta social e personalidade também não podem ser consideradas desfavoráveis, tampouco a culpabilidade, pois a censurabilidade da conduta é a própria do crime.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão. No mérito, pugna pela concessão da ordem para desconstituir o aresto, "a fim de que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, excluindo-se o aumento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

feito pela primeira, bem como lhe seja assegurado o cumprimento de sua pena no regime semiaberto, de acordo com a Súmula n.º 269 do STJ" (fls. 16/17).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 93/94), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram trazidas às fls. 102/109.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se, em parecer de fls. 112/117, da lavra do Subprocurador-Geral Washington Bolívar Júnior, pela denegação da ordem.

Notícias colhidas no sítio do Tribunal de origem dão conta de que ocorreu o trânsito em julgado do feito em 28.4.2010 (fl. 137), tendo sido a pena do réu relativa à presente ação penal somada com outras condenações, estando o paciente ainda em cumprimento da reprimenda (fls. 142/143 e 144/158).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.281 - MS (2010/0068083-4)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO. TENTATIVA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM EM PARTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

2. O pleito de alteração do regime carcerário não foi examinado pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser apreciada a matéria por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ademais, ainda que fosse conhecido o pedido, inviável a tese defensiva, visto que, nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido a fim de reduzir a pena imposta ao paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

As questões trazidas a deslinde abarcam a compensação da circunstância atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e a imposição de regime carcerário diverso do fechado. Nesse âmbito, confira-se o teor da sentença (fls. 64/67):

"(...)

À vista do exposto e mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia, para o fim de condenar André Henrique da Silva, qualificado nestes autos nº 002.07.000463-5, às penas do art. 155, *caput*, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Cód. Penal.

Referido acusado ostenta péssima conduta social e personalidade voltada à criminalidade, com forte propensão. Desde a menoridade envereda por essa seara, de maneira incessante, revelando-se delinquente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contumaz. Aliás, já foi condenado em pelo menos QUATRO (04) ocasiões anteriores, por práticas delituosas semelhantes, (f.44-46, 63-65). A infração em tela, pois, não lhe representa ineditismo ou mero deslize, e sim, afinada ao comportamento que há tempos vem adotando. Atuou, além disso, com significativo grau de culpabilidade, face à premeditação e ao longo *iter* percorrido, transpondo, inclusive, o muro da residência e utilizando-se de uma barra de ferro para arrombar uma das janelas. Demonstra ausência de freios inibitórios e pouco apreço ao cumprimento de regras básicas de convívio social, indiferente à vida errante. Insta registrar, além disso, que Dourados vem há tempos sofrendo com práticas delituosas desse naipe, que atormentam a comunidade local, tamanha a frequência com que são cometidas, vários processos em curso evidenciam esse quadro. Não se pode atribuir a autoria de todos eles ao réu, evidentemente, mas é inquestionável o sentimento de vulnerabilidade causado por infrações tais, dentre as quais aquela retratada nestes autos. E o Judiciário não pode ficar alheio a esse clamor, sob pena de propiciar a falsa noção de impunidade, sempre nociva à tranquilidade social e à prevenção que a situação exige. Por tais razões, fixo a pena-base em três (03) anos de reclusão e pagamento de trinta (30) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Considerada a reincidência, demonstrada pelas certidões espelhadas às f. 44-46 e 63-65, agravo as penas em 1/6, fixando-as em três (03) anos e seis (06) meses de reclusão e pagamento de trinta e cinco (35) dias-multa, à razão unitária citada.

Registre-se, quanto a isso, que a incidência da agravante não caracteriza *bis in idem*, vez que o acusado possui mais de uma condenação, aliás, pelo menos quatro, razão pela qual uma delas pode ser interpretada com reveladora de seus maus antecedentes e a outra, ou as demais, como reincidência. A propósito:

(...)

Deixo de aplicar a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, não só por conta da retratação em juízo, com o propósito de dificultar a completa elucidação do caso, mas, ainda, tendo em vista a preponderância da agravante acima, *ex vi* do art. 67, do mesmo estatuto, máxime considerando a personalidade do acusado e o fato de tratar-se de infração nitidamente afinada ao seu constante proceder. Acresça-se ter sido flagrado em circunstâncias que até mesmo impossibilitavam e tornavam inócua a negativa. A respeito:

(...)

Ademais, na hipótese de concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, esta deverá ceder lugar àquela, ante a expressa dicção do art. 67 do Código Penal (...).

Fulcrado no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, diminuo aludidas penas em 1/3, fixando-as definitivamente em dois (02) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de vinte e três (23) dias-multa, à mesma razão unitária.

A diminuição se deu no patamar acima porque o acusado, como se verifica, em muito aproximou-se da consumação do delito, pulando o muro e tentando arrombar uma das janelas da residência. E, como cediço, quanto mais o agente se aproxima da consumação, menor deve ser a diminuição da pena (...).

Não obstante o limite da pena privativa de liberdade fixada, reputo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inaplicável a sua substituição pela restritiva de direitos, ou *sursis*, justamente porque os pressupostos subjetivos inerentes assim não o recomendam. A conduta social, a personalidade, a culpabilidade, os antecedentes e a reincidência do acusado, consoante alhures ressaltado, deixam claro que tal possibilidade redundaria em insuficiência da reprimenda, inobservando-se o disposto nos incisos II e III do art. 44, assim como nos incisos I e II do art. 77, do Código Penal. Pelas mesmas razões, incabível o privilégio contido no § 2º do art. 155.

A pena privativa de liberdade, portanto, será inicialmente cumprida em regime fechado, consoante art. 33, parágrafo terceiro, do Código Penal, vez que as diretrizes do art. 59, do mesmo estatuto, se afiguram desfavoráveis ao réu, tal como já consignado, somando-se a isso a sua reincidência específica, decorrente de várias condenações anteriores.

(...)"

Colhe-se o seguinte do acórdão objurgado, no que interessa (fls. 19/20):

"André Henrique da Silva foi condenado pelo crime de tentativa de furto (art. 155, *caput*, c/c artigo 14, inc. II, ambos do Código Penal), a uma pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, mais 23 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Pretende a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, já que aquela teria sido valorada na sentença, razão pela qual seria indiferente o fato de ter se retratado em juízo.

Pois bem. Por muito tempo manifestei o entendimento de que a referida atenuante não poderia ser reconhecida se o réu retratasse a sua confissão em juízo ou, ainda, se, de alguma forma, ficasse demonstrado o seu objetivo de dificultar a atividade do julgador.

Contudo, o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem decidido que tal atenuante deve ser reconhecida ainda que haja retratação, se o magistrado se vale da confissão para a condenação.

Confira-se:

(...)

No presente caso, o magistrado valeu-se da confissão do apelante para condená-lo, o que facilitou sobremaneira o exame das provas colhidas, apesar de o apelante ter mudado a versão na fase judicial.

Por outro lado, filio-me ao entendimento esposado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, embora não se possa deixar de aplicar a atenuante da confissão, esta não pode ser compensada com a agravante da reincidência, sendo que esta prepondera sobre aquela.

Assim, ainda que preponderante a agravante, atenuo a pena.

Partindo da pena-base de 03 anos de reclusão e 30 dias-multa, seguindo as diretrizes do art. 68 do CP, atenuo a pena, em razão da confissão espontânea, em 04 meses de reclusão e 05 dias-multa.

Pela agravante da reincidência, preponderante, mantenho o aumento da pena em 06 meses, resultando em 03 anos e 02 meses de reclusão e 35 dias-multa, à razão mínima de 1/30 do salário mínimo vigente.

Sobre esse montante, incide a atenuante da tentativa (artigo 14, § único, do CP), aplicada na fração de 1/3, restando a pena definitivamente fixada em 02 anos, 01 mês 15 dias de reclusão, mais 20 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Posto isso, com o parecer, dou provimento parcial ao recurso para o fim de reduzir a pena de André Henrique da Silva na forma acima."

Ao que cuido, deve ser alterada a dosimetria da pena no tocante à segunda fase de sua aplicação. Com efeito, é de rigor a compensação da atenuante da confissão espontânea, que envolve a personalidade do agente, com a agravante da reincidência, conforme entendimento desta Sexta Turma. Sobre o tema, eis os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO NA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. OBRIGATORIEDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.

1. Servindo a confissão de suporte para a condenação, o fato de ter se dado de forma parcial não afasta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.

2. Consoante entendimento prevalente na Sexta Turma deste Tribunal a partir do julgamento do HC-94.051/DF (DJe de 22.9.2008), é cabível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se inalterada a reprimenda na segunda etapa do critério trifásico.

3. Ordem concedida para, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa para 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e pagamento de 5 (cinco) dias-multa."

(HC 220.009/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 29/02/2012)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÕES PENAIIS EM CURSO E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO E COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Caracteriza constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de motivação idônea, não servindo para tal fim circunstâncias inerentes ao tipo penal.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser vedada a utilização de processos e inquéritos em andamento para a caracterização de maus antecedentes.

3. A atenuante da confissão espontânea não pode reduzir pena abaixo do seu mínimo legal. Enunciado nº 231 da Súmula desta Corte.

4. Deve ser reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea se o Magistrado a utiliza na sentença condenatória como elemento de prova e para a formação de seu convencimento.

5. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois ambas dizem respeito à personalidade do agente.

6. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a adoção de acréscimo acima do mínimo legal faz-se necessária a demonstração da sua necessidade, o que não decorre abstratamente do número de causas de aumento verificado.

(...)

4. Ordem concedida para reduzir as penas impostas aos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias multa, garantido a Luiz Carlos Hubeda Barbosa o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena."

(HC 150.266/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 07/12/2009)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA REFEITA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. Pena-base acima do mínimo legal. Gravidade abstrata do delito. Fundamentação inidônea.

2. Confissão espontânea. Incidência mesmo que parcial.

3. A Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser possível, na segunda fase de dosimetria da pena, promover a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, eis que ambas circunstâncias são preponderantes, nos termos do art. 67 do CP: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas conseqüências) e a segunda por expressa previsão legal.

4. Dosimetria da pena refeita.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de redimensionar a pena em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa."

(HC 206.281/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 21/03/2012)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÕES UTILIZADAS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS A MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE DA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA.

1. Condenações anteriores não servem para valorar, de forma negativa e simultânea, os maus antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente, sob pena de caracterizar violação do princípio do *ne bis in idem*.

2. Nos termos da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, é devida a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

3. Não obstante a fixação da pena de reclusão abaixo de 8 anos, é possível a determinação de regime prisional mais gravoso em razão da reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 6 anos de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, à razão do mínimo legal."

(HC 175.601/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012)

A matéria, inclusive, foi objeto de análise pela Terceira Seção desta Corte, no qual proferi voto de Minerva, em consonância com o entendimento acima exposto:

"REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação. EREsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012." (Informativo n.º 498, período de 21 de maio a 1.º de junho de 2012, do Superior Tribunal de Justiça)

Dessarte, passo a fixação da reprimenda. Mantenho a pena-base aplicada pelo Juízo de origem, a saber, 3 (três) anos de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, compenso-a com a agravante da reincidência, conservando a sanção no mesmo patamar. Reduzo a reprimenda em 1/3 (um terço) pela tentativa, tornando-a em 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal.

Relativamente à fixação do regime inicial diverso do fechado, é de ver que a pretensão defensiva não pode ser enfrentada por esta Corte, eis que não foi examinada pelo Tribunal de origem no julgamento da apelação defensiva.

Vedada, assim, a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido, eis a remansosa jurisprudência deste Superior Tribunal:

"CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS LEGAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

III. Evidenciado que o tema levantado não foi não foi objeto de debate e decisão por parte de órgão colegiado do Tribunal de origem, tampouco havendo notícias da existência de qualquer requerimento da defesa ao Juízo das Execuções Criminais, sobressai a incompetência desta Corte para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

IV. Ordem não conhecida."

(HC 72.031/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 380)

"*HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE AÇÃO PENAL INICIADA MEDIANTE DENÚNCIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Sob pena de supressão de instância, não pode o Superior Tribunal de Justiça examinar pedido de *habeas corpus* se o Tribunal de origem não enfrentou a matéria nele deduzida.

2. *Writ* não conhecido."

(HC 24.955/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 30/05/2005 p. 417)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. 1. DOSIMETRIA DA PENA. CÓPIA DO INTERIOR TEOR DE ACÓRDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS. EMENTA QUE REVELA A FALTA DE APRECIACÃO DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROBABILIDADE. 2. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE. REMÉDIO CABÍVEL. REVISÃO CRIMINAL. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Inexistente nos autos a cópia do inteiro teor do acórdão impugnado, bem assim de outros documentos imprescindíveis à análise dos fundamentos utilizados na sentença para a fixação do *quantum* da reprimenda, impossível o conhecimento da matéria por esta Corte, especialmente quando a ementa do aresto em questão revela que a matéria não foi tratada pela segunda instância, a evidenciar provável e indevida supressão de instância.

2. O meio de impugnação adequado à espécie seria a revisão criminal, que possibilitaria maior aprofundamento a respeito da forma como foi o delito praticado, assim como das circunstâncias do delito, da culpabilidade do agente, etc., fatores estes de extrema relevância para viabilizar o controle dos argumentos invocados na sentença para a exasperação da pena-base.

3. *Writ* não conhecido."

(HC 66.787/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 04/05/2009)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBOS CONSUMADOS E TENTADO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CORRUPÇÃO ATIVA. PROVA DA MATERIALIDADE. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. TEMA NÃO-VENTILADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA (DECRETO PRISIONAL). ORDEM NÃO-CONHECIDA.

1. A análise acerca da não-comprovação da materialidade do crime pelo paciente demanda aprofundado exame no contexto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedentes do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não tendo o Tribunal *a quo* analisado as questões referentes à ausência de fundamentação idônea para a prisão preventiva da paciente, o Superior Tribunal de Justiça não possui competência para examiná-la, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ademais, a ausência do decreto prisional impede este Tribunal de analisar a legalidade da prisão cautelar, pois, segundo pacífica jurisprudência, o *habeas corpus*, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que não se admite dilação probatória.

4. Ordem não-conhecida."

(HC 94.059/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009)

"CRIMINAL. HC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NULIDADES. REGIME PRISIONAL RIGOROSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXACERBAÇÃO DA PENA. NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 384 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. NÃO-CONHECIMENTO.

Não se conhece das alegações de falta de fundamentação para o estabelecimento do regime fechado para o cumprimento da pena imposta ao paciente, ofensa ao princípio do devido processo legal, exacerbação da pena, bem como de falta de aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, ante a indevida supressão de instância que restaria evidenciada.

Temas levantados que não foram objeto de debate e decisão por parte do Tribunal *a quo*.

Writ não-conhecido."

(HC 24.309/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 25/08/2003 p. 334)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME PRISIONAL. QUESTÃO AINDA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

- O *habeas-corpus* é um instrumento de magnitude constitucional que tem por objetivo preservar o direito de locomoção, não se prestando para resolver questões formuladas e não decididas pelas instâncias ordinárias.

- Se as razões em que se fundam a pretensão deduzida no *writ* não foram ainda objeto de debate e pronunciamento pelo Tribunal *a quo*, é descabido o seu deslinde nesta instância superior, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

- *Habeas-corpus* não conhecido."

(HC 21.309/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 29/10/2002, DJ 18/11/2002 p. 296)

De mais a mais, ainda que fosse conhecido o pleito, inviável a tese defensiva, visto que, no caso em análise, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Veja-se, em especial, o disposto no § 3º do art. 33 do Estatuto Repressivo, que faz menção ao exame das circunstâncias judiciais para o estipulação do regime carcerário, *in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verbis:

"Art. 33.

§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

Com efeito, verifica-se que, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, no caso, deveu-se à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como à reincidência, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal.

Dessarte, não incide a Súmula n.º 269 desta Corte na situação ora em apreço, visto que somente "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Verificada a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado reincidente, inviável a fixação de regime menos severo do que o fechado, afastando-se a aplicação do enunciado da Súmula n. 269 desta Corte.

2. Pela mesma razão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que não atendido o requisito previsto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

3. Ordem denegada."

(HC 96909/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 22/06/2009)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (2 ANOS E 8 MESES). REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Ao contrário do alegado pelo paciente, a reincidência não foi considerada em duas fases distintas da fixação da pena. Com efeito, a pena-base foi majorada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente pelos maus antecedentes e pela personalidade do paciente voltada para o crime, haja vista a existência de vários processos por crimes contra o patrimônio. Já na segunda fase é que a reincidência foi levada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração, como agravante.

2. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como se tratando de réu reincidente, não há qualquer ilegalidade ou abuso na fixação de regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

3. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial."
(HC 92533/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/10/2008)

"PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. AGRAVAMENTO. POSSIBILIDADE.

1 - Fixada a pena base acima do mínimo legal, em virtude de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a imposição de regime inicial mais gravoso, no caso o fechado.

2. Assim, ausente patente ilegalidade, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *habeas corpus*.

3 - Ordem denegada."
(HC 113.688/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

1. A pretensão absolutória, por demandar inevitável incursão no conjunto fático-probatório, não se mostra compatível com a via estreita do *habeas corpus*.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, antecedentes e consequências do crime - autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

3. Ordem denegada."
(HC 69.527/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS DO ART. 44, § 3º, DO CP. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO-RECOMENDÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. É certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de reincidência genérica. Todavia, determina em tal hipótese a observância de que, em face da condenação anterior, 'a medida seja socialmente recomendável', conforme determina o art. 44, § 3º, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou a substituição, porque a medida, à luz do § 3º do art. 44 do Código Penal, não se mostrava socialmente recomendável, tendo em vista que o furto imputado ao paciente foi praticado quando este cumpria em regime semi-aberto – obtido por progressão prisional –, a pena imposta pelos delitos anteriores.

3. O enunciado 269 da Súmula do STJ estipula que 'É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.

4. Na hipótese, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal, verifica-se que o paciente não preenche a exigência de todas as circunstâncias judiciais favoráveis para que o regime de cumprimento de pena seja o semi-aberto.

5. Ordem denegada." (HC 89.002/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 06/10/2008)

De se notar, por fim, que o impetrante não pleiteou a redução da pena-base outrora aplicada, somente a compensação de circunstâncias na segunda fase da dosimetria penal e a alteração do regime carcerário.

Ante o exposto, **conheço em parte** do *writ* e, nessa extensão, **concedo** a ordem a fim de compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, diminuindo a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal (Processo n.º 002.07.000463-5, do Juízo da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS). Mantenho o regime inicial fechado fixado na sentença.

Comunique-se ao ilustre Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, relator do HC n.º 114.530/MS, acerca do julgamento proferido na presente impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0068083-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.281 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090313746 2070004635

EM MESA

JULGADO: 09/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ HENRIQUE DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a concedeu, nos termos da Sra. Ministra Relatora."

O Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.