



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.482 - SP (2011/0165566-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS DONADEI

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, *"no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos"* (HC 172.505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 01/07/2011.)

3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

4. Na hipótese, embora a pena fixada não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.482 - SP (2011/0165566-6)

IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS DONADEI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ CARLOS DONADEI, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação n.º 990.08.043478-0.

Extraí-se dos autos que o referido recurso foi interposto contra sentença que condenou o Paciente à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, como incurso no art. 155, § 4.º, inciso III, do Código Penal. Na ocasião, o Juízo sentenciante vedou-lhe o recurso em liberdade. O término de cumprimento da pena está previsto para 21 de maio de 2014.

No presente *writ*, sustenta o Impetrante, em síntese, a ilegalidade da dosimetria da pena, por indevido *bis in idem*, decorrente do aumento implementado, na primeira fase, pelo reconhecimento de maus antecedentes e, na segunda fase, pela aplicação da reincidência, ainda que com base em fatos diversos. Aduz também que, no caso, deve ser aplicada a teoria da co-culpabilidade, reconhecendo-se a atenuante genérica do art. 66 do Código Penal e compensando-a com a reincidência. Alega, ainda, que o regime inicial semiaberto é o único adequado à hipótese, tendo em vista que a pena imposta é inferior a quatro anos de reclusão, pelo que deve ser observado o disposto no art. 33, § 2.º, do Estatuto Repressivo.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal e estabelecimento do regime inicial semiaberto.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 29.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 37/71, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 75/78, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.482 - SP (2011/0165566-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, *"no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos"* (HC 172.505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 01/07/2011.)

3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

4. Na hipótese, embora a pena fixada não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Extrai-se dos autos que o Juízo sentenciante fixou a reprimenda do Paciente com base nos seguintes termos, *ipsis litteris*:

"Passo à individualização da pena:

O réu é portador de péssimos antecedentes criminais (fls. 117, 119, 122 e 137) e reincidente (fl. 135).

*Imponho-lhe, assim, em razão dos maus antecedentes, as penas de 3(três) anos de reclusão e 15(quinze) dias-multa, no piso de lei, aumentadas em 1/6, por conta da reincidência, o que perfaz **3(três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa**, no valor mínimo legal, em definitivo.*

*Incabível, outrossim, por força da reincidência, a aplicação do que dispõe o artigo 44 do CP, com a imposição, ainda, pelo mesmo motivo e também pelos péssimos antecedentes criminais do réu, do **regime prisional inicial fechado**."* (fl. 18; grifos no original)

Ao julgar a apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, mediante os seguintes fundamentos, *ad litteram*:

"Da leitura do arrazoado recursal depreende-se que os pontos controvertidos restaram cabalmente analisados pelo E. Juízo a quo, inexistindo na argumentação proficientemente expendida pela douta recorrente matéria de direito ou alegações não abrangidas pelo édito monocrático. Diante disso, com estribo no artigo 252 do novo Regimento Interno desta Corte, que passou a vigorar em 03 de novembro de 2009, preservo por seus próprios sustentáculos a r. sentença de primeiro grau, ficando adotados e expressamente incorporados, como fundamento deste acórdão, os motivos bem deduzidos na manifestação da douta Procuradoria de Justiça Criminal – exceção feita ao alvitre de que o réu faz jus ao regime semiaberto.

Conquanto pesem as judiciosas ponderações tecidas pelo eminente Procurador de Justiça oficiante, os antecedentes desabonadores de José Carlos (fls. 117, 119, 122 e 137), aliados à reincidência (fls. 135), ensejam a adoção do regime fechado – não bastasse a existência de expressa determinação legal nesse sentido (artigo 33, § 2º e alíneas, Código Penal), referidas informações acerca da vida pregressa do acusado revelam ser ele possuidor de personalidade desajustada e voltada para a prática iterativa de ilícitos patrimoniais – o que justifica a não incidência da Súmula nº 269 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Diante do exposto, meu voto nega provimento ao apelo interposto por José Carlos Donadei, mantendo, por seus próprios méritos, a r. decisão guerreada." (fls. 22/24)

Pois bem. Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise de matéria fático-probatória.

No caso dos autos, observa-se que a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada.

Com efeito, se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas para a exasperação da pena-base e de outra para o reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese.

Nesse sentido, confira-se a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Individualização da Pena, RT, 2005, p. 200, *in verbis*:

"[...] Entretanto, nada impede que o agente possua várias condenações anteriores, sendo lícito ao magistrado considerar uma delas para efeito de gerar reincidência e as demais, como maus antecedentes. Inexiste, nessa hipótese, bis in idem, pois são elementos geradores diversos.

Lembremos que o registro de vários antecedentes criminais conduz à crença de que o agente possui personalidade desajustada aos regramentos impostos pelo direito, motivo pelo qual devem ser levados em consideração para a aplicação da pena."

No mesmo diapasão, veja-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. ARTS. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL E 15, DA LEI N.º 10.826/03. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 15 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, PARA O DELITO DO ART. 132 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ESPECIALIDADE DA LEI N.º 10.826/03 QUE DEVE PREPONDERAR. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. 'Não configura *bis in idem* a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado, para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do paciente, desde que uma delas seja utilizada para exasperar a pena-base e a outra na segunda fase da dosimetria' (HC 167.459/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 12/02/2012).

[...]

4. Habeas corpus *denegado*." (HC 182.362/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 23/05/2012.)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 61, I, DO CP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há se falar em bis in idem pela aplicação da agravante da reincidência e pela consideração de maus antecedentes, se existem várias condenações com trânsito em julgado, podendo umas serem consideradas na primeira fase e outras na segunda.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.067.537/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 15/08/2011.)

Por outro lado, a teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, *"no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos"* (HC 172.505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 01/07/2011.)

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E USO DE DOCUMENTO FALSO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ALUDIDA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA. INVIABILIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO DA PENA EM 1/3 (UM TERÇO). NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

[...]

2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida.

[...]

6. Habeas corpus parcialmente concedido para, reformando a sentença condenatória e o acórdão combatido, fixar a pena do Paciente em 05 anos, 05 meses e 10 dias, mais o pagamento de 24 dias-multa, mantendo-se, no mais, os parâmetros adotados pelas instâncias ordinárias." (HC 179.717/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012.)

De outra parte, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, porém, embora a pena não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo.

A propósito, observe-se o teor das ementas a seguir:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO E CRIME DE DANO. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SÚMULA 269 DESTA STJ. NÃO APLICAÇÃO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal na manutenção do modo fechado de execução ao paciente reincidente específico quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, há circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, elementos que indicam que o modo fechado para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos. Exegese do Enunciado Sumular 269 deste STJ.

[...]

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado." (HC 244.160/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 10/10/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RECEPÇÃO. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E DE REINCIDÊNCIA. ALUSÃO A CONDENAÇÕES DIVERSAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ALIADA A CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INVIABILIDADE DO REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241/STJ, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.

2. No caso dos autos, porém, houve a efetiva alusão à existência de diversas condenações. Assim, nada obsta que uma caracterize maus antecedentes e as outras reincidência. Precedentes.

3. A teor do enunciado da Súmula 269 deste Tribunal, 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.

4. Na espécie, embora a pena corporal seja inferior a quatro anos, milita contra o paciente a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais serviram inclusive para elevar a pena-base acima do mínimo legal, justificando a imposição de regime prisional mais gravoso.

5. Ordem denegada." (HC 212.694/SP, Rel. Ministro OG



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0165566-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 213.482 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50070658935 990080434780

EM MESA

JULGADO: 17/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **RAFAEL FOLADOR STRANO**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **JOSÉ CARLOS DONADEI**

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.