



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.799 - SP (2016/0019660-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO JESUS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE ACÓRDÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA QUALIFICADORA DE COMPARSIA. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. VALOR DA *RES FURTIVAE* SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DEFINITIVAS REMANESCENTES ÀQUELA UTILIZADA COMO AGRAVANTE. UTILIZAÇÃO INDISTINTA. REFORÇO DO *QUANTUM* DA AGRAVANTE. INCREMENTO DA PENA-BASE. *NON BIS IN IDEM*. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. ÔNUS DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE FOLHA DE ANTECEDENTES. INVIÁVEL APRECIÇÃO DA ALEGADA ILEGALIDADE COMETIDA PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. QUALIFICADORA REMANESCENTE. POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIA DO CRIME. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO NO SENTIDO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS PRECÁRIAS DA VÍTIMA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CINCO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. PENA-BASE FIXADA PELO TRIBUNAL A *QUO A MENOR*. MANUTENÇÃO. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. DEMOSTRAÇÃO DA ESPONTANEIDADE DA CONFISSÃO. IRRELEVÂNCIA. IMPERATIVA UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTES E ATENUANTES. MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A REINCIDÊNCIA, ISOLADAMENTE CONSIDERADA. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INCICATIVO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. SOMA. FRAÇÃO FINAL DE ATENUAÇÃO DE 1/4. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ALTERAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SÚMULA 269. ANÁLISE DA DETRAÇÃO DESPICIENDA PARA ALTERAÇÃO DO REGIME FIXADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

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. Não prospera a pretensão de reconhecimento da nulidade acórdão impugnado, com fundamento de não enfrentamento das teses defensivas alegadas na apelação, porquanto a mera leitura do acórdão demonstra a inviabilidade da tese defensiva. Não há, pois, *error in procedendo* por conta do Tribunal *a quo*.
3. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência da qualificadora da comparsa, com base na persuasão racional acerca dos elementos concretos e coesos do contexto da prisão em. Para se concluir de modo diverso, seria necessário revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária. Nesse diapasão, inadmissível o conhecimento da impugnação ao capítulo do reconhecimento da qualificadora do concurso de pessoas.
4. O "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004)
5. Nesse passo, 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.
6. *In casu*, verifica-se contumácia delitiva do réu, que é reincidente, como restou incontroverso nas instâncias ordinárias (e-STJ, fl. 43), o que demonstra desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Nesse passo, de rigor a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação.
7. O princípio da insignificância baseia-se na 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, ausente dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Observa-se, contudo, considerável valor da *res furtivae*, avaliada em R\$ 300,00 (trezentos reais), porquanto equivalente a 44,2% do salário-mínimo à época do fato, em 2013, que correspondia a R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais). Tendo em vista notável superação do critério informado jurisprudencialmente, ausente, pois, o requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico

9. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

10. Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

11. Como o rito especial do *habeas corpus* exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar cabalmente o excesso das instâncias inferiores, em razão de eventual *bis in idem*, até porque o *dominus litis* não se manifesta em *habeas corpus*. Não fosse assim, qualquer alegação de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do *thema decidendum* da ação penal seria presumida verdadeira, sem, contudo, o confronto do título da ação penal. Por conseguinte, ausente as folhas de antecedentes, o inadimplemento no cumprimento do ônus processual do impetrante culmina na não comprovação de ilegalidade da multirreincidência atestada na sentença condenatória e no acórdão impugnado.

12. Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

13. As instâncias ordinárias, após análise do conjunto fático-probatório, concluíram pelo grande prejuízo sofrido pela vítima em razão do crime cometido, haja vista sua precária situação econômica. Portanto, para chegar a conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório para aferir a real situação econômica da vítima, bem como o efetivo impacto financeiro que lhe sobreveio com a prática do crime, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

14. Inamovível, pois, a valoração negativa das circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade do agente, tendo em vista as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenações transitadas em julgado consideradas pelas instâncias inferiores, bem como a qualificadora remanescente, como circunstância do crime mais reprovável, e as consequências do crime mais gravosas à vítima, totalizando 5 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis. As instâncias ordinárias, na primeira fase da dosimetria da pena, fixaram a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, no mínimo legal.

15. A dosimetria realizada pelo Tribunal mostrou-se bastante benevolente com o réu na primeira etapa. Por hipótese, estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de $1/8$ para cada uma das 5 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos), resultaria no acréscimo de 3 (três) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria da pena-base, devendo ser mantida, em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

16. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a confissão do acusado, conquanto parcial, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que efetivamente utilizada para o convencimento e convicção do julgador quanto ao acerto da sentença, sendo, pois, expresse fundamento para a condenação.

17. Há, pois, ilegalidade na dosimetria da pena, porque não considerou a atenuante da confissão na segunda etapa do modelo trifásico, malgrado conste expressamente como fundamento da sentença condenatória e do acórdão, claramente servindo de elemento de convicção, mesmo que parcial, da materialidade e autoria do crime. Ademais, além da atenuante da confissão, incide no caso a atenuante da menoridade relativa, bem como a agravante da reincidência específica.

18. Deveras, conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação a uma única agravante de reincidência. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência.

19. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de $1/6$ (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de $1/12$ (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação.

20. *In concreto*, como não há informações de que a reincidência é específica, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a reincidência, sendo proporcional e equânime a atenuação de $1/12$ (um doze avos) desse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso. Acrescente-se que à essa fração deve somar-se àquela relativa à atenuante de confissão, valorada em 1/6 (um sexto), o que culmina, na fração de 1/4 (um quarto).

21. Ressalte-se que as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica

22. *In caso*, a fração de 1/4 (um quarto), resultante da preponderância das atenuantes dentro do concurso de circunstâncias na segunda etapa da dosimetria, incidirá sobre o intervalo de pena em abstrato do crime de furto qualificado (6 anos), pois superior à pena-base fixada de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses. Nesse diapasão, a atenuação da pena-base consiste em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, culminado, pois, na pena intermediária de 3 (três) anos, não nos 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses determinados pelo Tribunal *a quo* e pelo juízo sentenciante. Diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torna-se definitiva a pena intermediária, em 3 (três) anos de reclusão.

23. Em interpretação contrario sensu do Enunciado de Súmula 269, conclui-se ser acertado o arbitramento do regime inicial fechado ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º do Código Penal, porquanto, tendo a pena definitiva sido fixada 3 (três) anos de reclusão, o réu é reincidente e possui outras circunstâncias desfavoráveis.

24. Malgrado ausência de comprovação dos dias de recolhimento provisório do réu, a averiguação de eventual detração é despicienda, pois, a pena definitiva já foi fixada abaixo de 4 (quatro) anos, nos termos da explanação supra.

25. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a fixação da pena intermediária em 3 (três) anos de reclusão e, diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torná-la definitiva, mantendo-se 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.
Brasília (DF), 19 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.799 - SP (2016/0019660-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO JESUS DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **THIAGO JESUS DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, I e II, do Código Penal, às penas de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais 23 dias-multa, negado o recurso em liberdade. Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e manteve os termos da sentença. Confira-se os termos da ementa:

"Furto qualificado por rompimento de obstáculo e comparsaria (art. 155, § 4º, I e IV, do Cód.Penal). Preliminar inconsistente. Sentença que aborda todas as teses invocadas pela defesa. Ausência de nulidade da decisão. Mérito. Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Posse da "res furtiva". Palavras coerentes e incriminatórias da vítima e de Policiais Militares. Confissão parcial em Juízo, ademais. Tentativa inexistente. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Ausência de previsão na legislação. Qualificadoras caracterizadas. Condenação imperiosa. Responsabilização necessária. Apenamento criterioso. Regime inicial fechado único possível. Inaplicabilidade da detração penal. Apelo improvido, rejeitada a preliminar e com observação" (e-STJ, fl. 66)

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em suma: a) a nulidade da decisão de primeiro grau e do acórdão impugnado por falta de fundamentação, uma vez que não foram apreciadas as teses defensivas levantadas; b) a atipicidade material da conduta do agente em razão do princípio da insignificância; c) ilegalidade no reconhecimento da qualificadora pelo concurso de agentes, cuja comprovação decorreu de denúncia anônima e confissão informal; d) não há motivação válida para o aumento da pena-base; e) é cabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; f) ilegalidade na fixação do regime mais severo, com fulcro apenas na reincidência do paciente, consoante entendimento exposto na Súmula 269/STJ; g) não foi considerado o tempo de cumprimento da prisão provisória na definição do modo inicial de cumprimento da pena.

Postula, assim, a concessão da ordem, para que se reconheça a nulidade do acórdão ou a atipicidade material da conduta. Subsidiariamente, seja I) afastada a qualificadora de concurso de pessoas; II) fixada a pena-base no mínimo legal; III) reconhecida a atenuante de confissão espontânea; IV) fixado regime inicial aberto.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fls. 97-98).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ, fls. 108-113).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.799 - SP (2016/0019660-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO JESUS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE ACÓRDÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA QUALIFICADORA DE COMPARSIA. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. VALOR DA *RES FURTIVAE* SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DEFINITIVAS REMANESCENTES ÀQUELA UTILIZADA COMO AGRAVANTE. UTILIZAÇÃO INDISTINTA. REFORÇO DO *QUANTUM* DA AGRAVANTE. INCREMENTO DA PENA-BASE. *NON BIS IN IDEM*. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. ÔNUS DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE FOLHA DE ANTECEDENTES. INVIÁVEL APRECIÇÃO DA ALEGADA ILEGALIDADE COMETIDA PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. QUALIFICADORA REMANESCENTE. POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIA DO CRIME. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO NO SENTIDO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS PRECÁRIAS DA VÍTIMA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CINCO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. PENA-BASE FIXADA PELO TRIBUNAL *A QUO A MENOR*. MANUTENÇÃO. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. DEMOSTRAÇÃO DA ESPONTANEIDADE DA CONFISSÃO. IRRELEVÂNCIA. IMPERATIVA UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTES E ATENUANTES. MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A REINCIDÊNCIA, ISOLADAMENTE CONSIDERADA. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INCICATIVO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. SOMA. FRAÇÃO FINAL DE ATENUAÇÃO DE 1/4. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ALTERAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SÚMULA 269. ANÁLISE DA DETRAÇÃO DESPICIENDA PARA ALTERAÇÃO DO REGIME FIXADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO.

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. Não prospera a pretensão de reconhecimento da nulidade acórdão impugnado, com fundado de não enfrentamento das teses defensiva alegadas na apelação, porquanto a mera leitura do acórdão demonstra a inviabilidade da tese defensiva. Não há, pois, *error in procedendo* por conta do Tribunal *a quo*.
3. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência da qualificadora da comparsia, com base na persuasão racional acerca dos elementos concretos e coesos do contexto da prisão em. Para se concluir de modo diverso, seria necessário revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária. Nesse diapasão, inadmissível o conhecimento da impugnação ao capítulo do reconhecimento da qualificadora do concurso de pessoas.
4. O "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004)
5. Nesse passo, 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.
6. *In casu*, verifica-se contumácia delitiva do réu, que é reincidente, como restou incontroverso nas instâncias ordinárias (e-STJ, fl. 43), o que demonstra desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Nesse passo, de rigor a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação.
7. O princípio da insignificância baseia-se na 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, ausente dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial.
8. Observa-se, contudo, considerável valor da *res furtivae*, avaliada em R\$



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

300,00 (trezentos reais), porquanto equivalente a 44,2% do salário-mínimo à época do fato, em 2013, que correspondia a R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais). Tendo em vista notável superação do critério informado jurisprudencialmente, ausente, pois, o requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico

9. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

10. Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

11. Como o rito especial do *habeas corpus* exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar cabalmente o excesso das instâncias inferiores, em razão de eventual *bis in idem*, até porque o *dominus litis* não se manifesta em *habeas corpus*. Não fosse assim, qualquer alegação de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do *thema decidendum* da ação penal seria presumida verdadeira, sem, contudo, o confronto do título da ação penal. Por conseguinte, ausente as folhas de antecedentes, o inadimplemento no cumprimento do ônus processual do impetrante culmina na não comprovação de ilegalidade da multirreincidência atestada no sentença condenatória e no acórdão impugnado.

12. Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

13. As instâncias ordinárias, após análise do conjunto fático-probatório, concluíram pelo grande prejuízo sofrido pela vítima em razão do crime cometido, haja vista sua precária situação econômica. Portanto, para chegar a conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório para aferir a real situação econômica da vítima, bem como o efetivo impacto financeiro que lhe sobreveio com a prática do crime, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

14. Inamovível, pois, a valoração negativa das circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade do agente, tendo em vista as condenações transitadas em julgado consideradas pelas instâncias inferiores, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como a qualificadora remanescente, como circunstância do crime mais reprovável, e as consequências do crime mais gravosas à vítima, totalizando 5 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis. As instâncias ordinárias, na primeira fase da dosimetria da pena, fixaram a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, no mínimo legal.

15. A dosimetria realizada pelo Tribunal mostrou-se bastante benevolente com o réu na primeira etapa. Por hipótese, estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 para cada uma das 5 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos), resultaria no acréscimo de 3 (três) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria da pena-base, devendo ser mantida, em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

16. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a confissão do acusado, conquanto parcial, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que efetivamente utilizada para o convencimento e convicção do julgador quanto ao acerto da sentença, sendo, pois, expresse fundamento para a condenação.

17. Há, pois, ilegalidade na dosimetria da pena, porque não considerou a atenuante da confissão na segunda etapa do modelo trifásico, malgrado conste expressamente como fundamento da sentença condenatória e do acórdão, claramente servindo de elemento de convicção, mesmo que parcial, da materialidade e autoria do crime. Ademais, além da atenuante da confissão, incide no caso a atenuante da menoridade relativa, bem como a agravante da reincidência específica.

18. Deveras, conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação a uma única agravante de reincidência. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência.

19. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação.

20. *In concreto*, como não há informações de que a reincidência é específica, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a reincidência, sendo proporcional e equânime a atenuação de 1/12 (um doze avos) desse concurso. Acrescente-se que à essa fração deve somar-se àquela relativa à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante de confissão, valorada em 1/6 (um sexto), o que culmina, na fração de 1/4 (um quarto).

21. Ressalte-se que as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica

22. *In caso*, a fração de 1/4 (um quarto), resultante da preponderância das atenuantes dentro do concurso de circunstâncias na segunda etapa da dosimetria, incidirá sobre o intervalo de pena em abstrato do crime de furto qualificado (6 anos), pois superior à pena-base fixada de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses. Nesse diapasão, o atenuação da pena-base consiste em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, culminado, pois, na pena intermediária de 3 (três) anos, não nos 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses determinados pelo Tribunal *a quo* e pelo juízo sentenciante. Diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torna-se definitiva a pena intermediária, em 3 (três) anos de reclusão.

23. Em interpretação contrario sensu do Enunciado de Súmula 269, conclui-se ser acertado o arbitramento do regime inicial fechado ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º do Código Penal, porquanto, tendo a pena definitiva sido fixada 3 (três) anos de reclusão, o réu é reincidente e possui outras circunstâncias desfavoráveis.

24. Malgrado ausência de comprovação dos dias de recolhimento provisório do réu, a averiguação de eventual detração é despicienda, pois, a pena definitiva já foi fixada abaixo de 4 (quatro) anos, nos termos da explanação supra.

25. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a fixação da pena intermediária em 3 (três) anos de reclusão e, diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torná-la definitiva, mantendo-se o regime inicial fechado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Não prospera a pretensão de reconhecimento da nulidade acórdão impugnado, com fundamento de não enfrentamento das teses defensivas alegadas na apelação, porquanto a mera leitura do acórdão demonstra a inviabilidade da tese defensiva. Não há, pois, *error in procedendo* por conta do Tribunal *a quo*.

As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência da qualificadora da comparsia, com base na persuasão racional acerca dos elementos concretos e coesos do contexto da prisão em. Para se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir de modo diverso, seria necessário revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária. Nesse diapasão, inadmissível o conhecimento da impugnação ao capítulo do reconhecimento da qualificadora do concurso de pessoas.

Como cediço, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 84.412-0/SP, STF, Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004)

Nesse passo, 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.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE FURTO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. AGENTE REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Furto: embora existam vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração criminosa. Para a Sexta Turma, o passado delitivo não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas.

3. Nesse encadeamento de idéias, entendo ser possível firmar a orientação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado.

Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao agravo em recurso especial, reformando o acórdão do Tribunal de origem para cassar a sentença absolutória, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal."

(EAREsp 221.999/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE.

Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que o agravante é reincidente (precedentes).

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 811.128/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016)

In casu, verifica-se contumácia delitiva do réu, que é reincidente, como restou incontroverso nas instâncias ordinárias (e-STJ, fl. 43), o que demonstra desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Nesse passo, de rigor a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação.

Outrossim, o princípio da insignificância baseia-se na 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, ausente dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial.

No ponto:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RES FURTIVAE DE VALOR INFERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social.

2. O valor do bem (R\$ 20,00) representava, na data do cometimento do delito, aproximadamente, 3,2% do salário mínimo vigente, que, à época, era de R\$ 622,00.

3. A Terceira Seção do STJ, no julgamento dos EAREsp n. 221.999/RS, ocorrido no dia 11/11/2015, reafirmou o entendimento de que a aplicação do princípio da insignificância, em relação aos crimes de furto, somente pode ser afastada quando configurada a reiteração criminosa do réu, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. No caso dos autos, o Juízo singular afirmou que o réu, apesar de não ostentar condenação com trânsito em julgado, responde a outros processos por delitos contra o patrimônio.

5. À falta de condenação transitada em julgado em desfavor do réu, não está caracterizada a reiteração delitiva, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, de forma que não há óbice, na espécie, para a incidência do princípio da insignificância.

6. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, e, consequentemente, absolver o recorrente da prática do delito previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, no Processo n. 0227271-21.2012.8.21.0001 da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre - RS" (REsp 1577904/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 31/03/2016)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR SIGNIFICATIVO DA RES FURTIVA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INAPLICABILIDADE. 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 próprio. As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado.

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso especial, 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.

III - In casu, imputa-se ao paciente o furto de uma carteira contendo diversos documentos, cartões bancários e R\$ 84,75 (oitenta e quatro reais e setenta e cinco centavos) em espécie, que não pode ser considerado irrisório, já que equivale a mais de 10% do salário mínimo vigente à época do fato (salário mínimo em 2015 - R\$ 788,00), inviabilizando o reconhecimento da atipicidade da conduta (precedentes).

IV - Ademais, na linha da jurisprudência desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se também incompatível com o princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insignificância a conduta ora examinada, uma vez que o noticiado delito de furto deu-se na forma qualificada, mediante rompimento de obstáculos (precedentes). Habeas Corpus não conhecido." (HC 342.945/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2016)

Observa-se, contudo, considerável valor da *res furtivae*, avaliada em R\$ 300,00 (trezentos reais), porquanto equivalente a 44,2% do salário-mínimo à época do fato, em 2013, que correspondia a R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais). Tendo em vista notável superação do critério informado jurisprudencialmente, ausente, pois, o requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico.

Para analisar os capítulos relativos à pena-base e do regime inicial de cumprimento, faz-se necessário expor excertos correlatos do acórdão impugnado e da sentença condenatória, respectivamente:

"Apenamento criterioso, nada havendo que alterar.

Base fixada com adequado acréscimo, em razão da péssima conduta social e personalidade criminosa revelada pelo acusado, além das consequências do crime, como bem fundamentou a origem (f. 111/112).

Tudo em plena consonância com o disposto no art. 59, do Código Penal.

Por outro lado, embora não se desconheça que vozes ilustres sustentam a impossibilidade de agravamento das penas na hipótese de incidência de múltiplas qualificadoras no crime de furto - com as quais, inclusive, até recentemente perfilava a deste Julgador verdade é que, atualmente, predomina, tanto na doutrina como na jurisprudência, entendimento contrário e convincentemente fundamentado.

[...]

Por fim, quanto ao regime, nada há que se alterar, igualmente.

Dês que o acusado, além de ostentar outros envolvimento criminais, como já referido, é reincidente específico (f. 55).

De sorte que o regime fechado mostra-se como único adequado à personalidade e vida social do acusado, completamente avessas à ordem pública e voltadas à reiteração criminosa.

Nesse passo e para dar efetividade à reprimenda imposta e acalantar a paz pública, o cumprimento da pena em regime fechado é verdadeiramente imperioso.

Em estrita aplicação ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

E eventual detração não serve a balizar o regime prisional inicial a ser imposto." (e-STJ, fls. 76-80)

"Muito que bem.

O réu - ao reverso de tantos petizes e piás. Abandonados em orfanatos, submetidos a abusos e maus-tratos, etc., e . ainda assim, converteram-se em cidadãos honestos, pacatos e laboriosos - bem ninado, contou com a fortuna de ser criado em lar estável, donde percebeu boa educação, pautada por valores morais e religiosos. Esperar-se-ia que não descambasse para o crime, o que deve ser levado em conta em seu desfavor. Assim escolia Nucci (Op. cit., p. 432 "...pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável... ". No horizonte de seu passado há jaça, ostentando condenações (f. 53 e 55) a dar chão a recidiva, evidenciando personalidade arraigada no crime. Com procacidade afirmou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não laborar, tunante ou mandrião, pois; ou por outra: quiçá faça do crime o seu meio e modo de vida, até porque, sem perceber ajuda de parentes ou outrem (f. 19) como sustenta o seu nojoso hábito de consumir cocaína e cannabis? E, nesta toada, em rigor pesar-lhe desfavoravelmente o consumo de tóxicos que, em rigor, é crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas e, cõnsone a natureza da droga (cocaína) severamente punida em alguns povos cultos. Duas foram as qualificadoras, reclamando apenamento maior. E a conseqüência para a vítima, pessoa simples, que teve que arcar com quantia de monta em prejuízo, principalmente levando-se em conta sua condição.

Fixo a pena-base em 04 anos e 06 meses de reclusão e 23 dias-multa (intermediária, pouco além da metade do máximo abstrato, para que não se diga rigor excessivo).

[...]

O regime de cumprimento da pena, ante a recidiva e nos termos do artigo 33, parágrafo 3º., do Código Penal será o FECHADO." (e-STJ, fl. 43)

O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.

4. No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, 'd', do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação" (HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.

3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de *habeas corpus*.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

5. **A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.**

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado" (HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se).

Como o rito especial do *habeas corpus* exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar cabalmente o excesso das instâncias inferiores, em razão de eventual *bis in idem*, até porque o *dominus litis* não se manifesta em *habeas corpus*. Não fosse assim, qualquer alegação de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do *thema decidendum* da ação penal seria presumida verdadeira, sem, contudo, o confronto do titula da ação penal. Por conseguinte, ausente as folhas de antecedentes, o inadimplemento no cumprimento do ônus processual do impetrante culmina na não comprovação de ilegalidade da multireincidência atestada no sentença condenatória e no acórdão impugnado.

Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

A respeito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

5. As circunstâncias e consequências do delito foram graves, valendo anotar que já decidiu esta Corte que presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base (REsp. 1.395.088/RS, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJ 2/2/2016).

6. Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são favoráveis.

7. Habeas Corpus não conhecido." (HC 349.050/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVAE DE VALOR SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. REGISTRO DE TRÊS CONDENAÇÕES ANTERIORES, TRANSITADAS EM JULGADO, POR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESPECIFICIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA. VALIDADE DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

5. Presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base. Precedentes.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1395088/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

As instâncias ordinárias, após análise do conjunto fático-probatório, concluíram pelo grande prejuízo sofrido pela vítima em razão do crime cometido, haja vista sua precária situação econômica. Portanto, para chegar a conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório para aferir a real situação econômica da vítima, bem como o efetivo impacto financeiro que lhe sobreveio com a prática do crime, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

Nesses termos, inamovível a valoração negativa das circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade do agente, tendo em vista as condenações transitadas em julgado consideradas pelas instâncias inferiores, bem como a qualificadora remanescente, como circunstância do crime mais reprovável, e as consequências do crime mais gravosas à vítima, totalizando 5 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis. As instâncias ordinárias, na primeira fase da dosimetria da pena, fixaram a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, no mínimo legal.

Em verdade, a dosimetria realizada pelo Tribunal mostrou-se bastante benevolente com o réu na primeira etapa. Por hipótese, estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 para cada uma das 5 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultaria no acréscimo de 3 (três) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria da pena-base, devendo ser mantida em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a confissão do acusado, conquanto parcial, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que efetivamente utilizada para o convencimento e convicção do julgador quanto ao acerto da sentença, sendo, pois, expresse fundamento para a condenação. Seguem recentes julgados:

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. ART. 77 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N. 284 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.
[...]

3. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação.

4. A despeito de condenação inferior a 8 anos de reclusão, deve ser mantida a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável.

5. Em relação à aplicação do art. 77 do Código Penal, o recurso especial encontra-se deficientemente fundamentado, porquanto a defesa deixou de indicar, expressamente, as razões da eventual contrariedade do art. 77 do Código Penal, o que impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula n. 284 do STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para reduzir as penas dos recorrentes pelo crime de roubo" (REsp 1202111/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICABILIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL SOPESADA NO JUÍZO DE CONDENAÇÃO.
[...]

4. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, mostra-se irrelevante ser a confissão parcial ou total, condicionada ou irrestrita, com ou sem retratação posterior, devendo incidir a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, a sentença e o acórdão da apelação, muito embora tenham sopesado a confissão extrajudicial no juízo de condenação, não reconheceram a respectiva atenuante, ficando caracterizado o constrangimento ilegal nesse ponto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a reincidência, redimensionando a reprimenda imposta ao paciente." (HC 208.590/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 19/10/2015).

Confira-se excerto da sentença e do acórdão impugnado acerca do convencimento do juiz acerca da materialidade e autoria do crime:

"Sob o pavês e broquel do contraditório, animou-se com o verbo. E, em assim sendo, externou discurso parcialmente confessorio. Anuindo em partes com a acusação que lhe foi assacada, ajustou que, realmente, apoderou-se da *res* e, para tanto, vergou a porta do veículo. Apenas disse que fê-lo sozinho.

A confissão, *regina probatium*, é o mais portentoso elemento de convicção. E, esta não restou escoteira.

Foi rotundamente confortada pela prova oral coligida.

[...]

A confissão, incompleta, não é reconhecida. Ladino e finório, bem afeito às lidas penais, contido em poder do butim. bem sabia o desate, pretendendo, assim, a redução. Mas. como não contido o outro rapace. quis beneficiar-se quanto a tanto.

Embalde, como encimado.

A menoridade compensa-se com a reincidência.

A míngua de outras circunstâncias ou causas de oscilação, definitiva neste patamar." (e-STJ, fl. 41-43)

"Em remate e para além disso tudo, a confissão em Juízo.

Ao ser ouvido em audiência, o acusado admitiu os fatos, ainda que em parte (mídia de f. 72).

Thiago assumiu a autoria do furto com rompimento de obstáculo, alegando ter agido sozinho, no entanto.

[...]

Também não se pode considerar, aqui, "confissão espontânea", para redução de penas, porque isso não se vê nos autos.

De efeito.

Não há, tecnicamente, confissão espontânea, mas mera e simples confissão, sem aspecto de espontaneidade, "stricto sensu", porque espontânea é aquela em que o agente, independentemente do concurso da autoridade, busca esta para admitir o delito, coisa aqui longe de acontecida. Não fora assim e a lei não referiria à espontaneidade da confissão, sob pena de admitir que toda ela espontânea fosse.

Se se fala em confissão espontânea, é porque se quis diferenciá-la da ordinária." (e-STJ, fls. 71-78)

Há, pois, ilegalidade na dosimetria da pena, porque não considerou a atenuante da confissão na segunda etapa do modelo trifásico, malgrado conste expressamente como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento da sentença condenatória e do acórdão, claramente servindo de elemento de convicção, mesmo que parcial, da materialidade e autoria do crime. Ademais, além da atenuante da confissão, incide no caso a atenuante da menoridade relativa, bem como a agravante da reincidência específica.

Deveras, conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação a uma única agravante de reincidência. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência. Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISSENSO PRETORIANO SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DIVERGÊNCIA NÃOCONFIGURADA. DOSIMETRIA. ATENUANTE. MENORIDADE. CONCURSO. DUAS AGRAVANTES. DIMINUIÇÃO DA PENA.SEGUNDA FASE. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. VERIFICAÇÃO. CASO CONCRETO. NECESSIDADE. 1. Ausente a similitude fática entre as hipóteses que dão suporte aos acórdãos recorrido e paradigma, não se caracteriza a divergência jurisprudencial. 2. É cediço que a atenuante da menoridade é preponderante. Entretanto, isso não significa que, em todas as situações em que estiver presente, obrigatoriamente, deverá haver a atenuação da pena na segunda fase da dosimetria da pena. 3. Na hipótese em que a atenuante da menoridade concorrer com apenas uma agravante, necessariamente deverá haver a diminuição da reprimenda na segunda fase da dosimetria ou ao menos a compensação, como no caso da reincidência. Contudo, quando, além da menoridade, houver duas ou mais agravantes, deverá o julgador avaliar, a partir das circunstâncias concretas do caso sob análise, se a aludida atenuante tem ou não a força de sobrepujar as agravantes que estão em maior número, em atendimento à regra do art. 67 do Código Penal. 4. Na situação concreta, as instâncias ordinárias, a partir da análise dos elementos dos autos, entenderam que, no concurso entre a atenuante da menoridade e as agravantes de o crime ter sido praticado mediante dissimulação e contra crianças, preponderavam as duas últimas, devendo haver o aumento da reprimenda. Para rever a conclusão, seria necessário o reexame do acervo fático dos autos, providência inviável em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido". (REsp 1285055/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR,SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. 1.DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA A SER TRATADA EM VIA RECURSAL PRÓPRIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 2.COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.PRECEDENTES DO STJ. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. 2. Nos termos da pacífica jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça, a atenuante do artigo 65, inciso I, do Código Penal deve prevalecer sobre todas as outras, inclusive sobre a agravante da reincidência, a teor do contido no artigo 67 do mesmo diploma.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, compensando a atenuante da menoridade com a agravante da reincidência, restabelecer a pena imposta na sentença condenatória." (HC 188.052/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012).

Como cediço, a aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação.

In concreto, como não há informações de que a reincidência é específica, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a reincidência, sendo proporcional e equânime a atenuação de 1/12 (um doze avos) desse concurso. Acrescente-se que à essa fração deve somar-se àquela relativa à atenuante de confissão, valorada em 1/6 (um sexto), o que culmina, na fração de 1/4 (um quarto).

Ressalte-se que as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.

Nesse sentido entende consagrada doutrina especializada na dosimetria da pena:

"Aparentemente, ao analisarmos sem maiores cuidados, estaríamos concluindo que o patamar ideal imaginário de 1/6 para cada atenuante ou agravante, de forma isolada, deveria sempre incidir sobre a pena-base, pois já existe uma pena em concreto dosada.

No entanto, chamamos atenção porque nem sempre esta será a solução adequada, sob pena de ferirmos o próprio sistema hierárquico da pena, consagrado pela forma trifásica.

[...]

O patamar ideal imaginário de 1/6, usado para atenuante e agravante, isoladamente, deverá sempre incidir sobre o que for maior, intervalo de pena em abstrato ou pena-base.

Com adoção deste critério, resolvemos qualquer problema, senão vejamos na solução da questão debatida anteriormente: o intervalo de pena em abstrato corresponde a 8 anos, a pena-base corresponde a 2 anos, logo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluimos que o maior é o intervalo de pena, razão pela qual este será usado como parâmetro para a incidência do patamar ideal imaginário de 1/6 na segunda fase. Com isso não mais teremos um acréscimo de apenas 4 meses em decorrência da existência de uma agravante (1/6 de 2 anos = 4 meses), mas teremos um acréscimo de 1 ano e 4 meses por força da agravante (1/6 de 8 anos = 1 ano e 4 meses), conduzindo a pena na segunda fase ao quantitativo de 3 anos e 4 meses de reclusão, ou seja, patamar superior ao que chegaríamos. À hipótese de valoração do motivo do crime como circunstância judicial desfavorável (3 anos).

O que queremos deixar esclarecido é que se existe uma circunstância judicial desfavorável que será valorada na primeira etapa do processo de dosimetria, pena-base resultante não poderá ser superior à hipótese de postergarmos esta valoração para a segunda etapa, que é hierarquicamente superior, sob pena de ferirmos o próprio sistema trifásico.

E para conseguirmos neutralizar qualquer possibilidade de erro durante o processo de cálculo da pena, na segunda fase devemos sempre atuar com o patamar ideal imaginário de 1/6 sobre o que for maior, pena-base ou intervalo de pena em abstrato, independente de se tratar de atenuante ou agravante, porque assim como devemos atenuar a pena ao máximo, também devemos agravar a pena no patamar máximo possível, em observância a proporcionalidade necessária durante o processo de dosimetria." (SCHMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 9ª ed. - Salvador: Juspodvm, 2015. pp. 201-203)

In caso, a fração de 1/4 (um quarto), resultante da preponderância das atenuantes dentro do concurso de circunstâncias na segunda etapa da dosimetria, incidirá sobre o intervalo de pena em abstrato do crime de furto qualificado (6 anos), pois superior à pena-base fixada de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses. Nesse diapasão, o atenuação da pena-base consiste em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, culminado, pois, na pena intermediária de 3 (três) anos, não nos 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses determinados pelo Tribunal *a quo* e pelo juízo sentenciante. Diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torna-se definitiva a pena intermediária, em 3 (três) anos de reclusão.

Em interpretação *contrario sensu* do Enunciado de Súmula 269, conclui-se ser acertado o arbitramento do regime inicial fechado ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º do Código Penal, porquanto, tendo a pena definitiva sido fixada 3 (três) anos de reclusão, o réu é reincidente e possui outras circunstâncias desfavoráveis.

Por derradeiro, malgrado ausência de comprovação dos dias de recolhimento provisório do réu, a averiguação de eventual detração é despcienda, pois, a pena definitiva já foi fixada abaixo de 4 (quatro) anos, nos termos da explanação supra.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para determinar a fixação da pena intermediária em 3 (três) anos de reclusão e, diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torná-la definitiva, mantendo-se o regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0019660-3

HC 347.799 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00367300620138260050 20150000472335 20589158620158260000 367300620138260050

EM MESA

JULGADO: 19/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO JESUS DOS SANTOS (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.