



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.751 - MS (2009/0060578-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOÃO RICARDO BENEVIDES MENDES

EMENTA

FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE UMA COMO MAUS ANTECEDENTES E OUTRA COMO CARACTERIZADORA DA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PENA ABAIXO DE QUATRO ANOS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO E DO INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA.

1. A fixação da pena-base acima do patamar mínimo autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.
2. Na hipótese, o Magistrado singular valorou negativamente os maus antecedentes e a personalidade do agente e, em razão disso, dosou a sanção um pouco acima do piso legal.
3. De se ressaltar que a existência de mais de uma condenação transitada em julgado autoriza a exasperação tanto na primeira etapa do critério trifásico (maus antecedentes) quanto a título de caracterização da reincidência.
4. Na linha da orientação perfilhada pela Sexta Turma desta Corte, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, pois ambas guardam relação com a personalidade do agente.
5. Embora a pena não alcance 4 (quatro) anos, é de ser mantido o regime prisional fechado para o início da expiação, pois, além de o paciente ser reincidente específico, parte das circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal o desfavorecem.
6. Pelas mesmas balizas, inviável a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.
7. Ordem parcialmente concedida, para, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, mantido o regime fechado para o início da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 08 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.751 - MS (2009/0060578-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de João Ricardo Benevides Mendes, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao apelo defensivo, nos termos desta ementa (fls. 82):

APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – FURTO DURANTE O REPOUSO NOTURNO – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE FURTO DE USO – ABANDONO DA COISA – INDIFERENÇA – EXCLUSÃO DO REPOUSO NOTURNO PELO BEM ENCONTRAR-SE FORA DA RESIDÊNCIA – REJEITADA – MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL – BIS IN IDEM NÃO OCORRENTE – REINCIDÊNCIA VERSUS CONFISSÃO ESPONTÂNEA – HEGEMONIA DA PRIMEIRA – REGIME PRISIONAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, B, DO CÓDIGO PENAL – NÃO PROVIMENTO.

Somente é possível falar em furto de uso quando o agente efetua a devolução da coisa, não caracterizando o tipo o simples abandono pela vontade do agente ou fator externo.

A majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal, tem incidência sempre que o furto for praticado durante o repouso noturno, porquanto neste período há maior vulnerabilidade, pouco importando em qual cômodo da residência estava o bem subtraído.

Inexiste bis in idem quando, após a constatação dos maus antecedentes, afirma-se que a personalidade do agente é desfavorável, uma vez voltada à prática criminosa.

No concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea prevalece a primeira, nos termos do art. 67 do Código Penal.

O acusado de furto, reincidente em prática criminosa, sujeita-se às regras do regime fechado, independente da pena aplicada, de conformidade com a interpretação do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Apelação Criminal defensiva a que se nega provimento, considerado o acerto jurisdicional proferido pelo juízo a quo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, por furto praticado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

durante o repouso noturno, à pena total de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão, além de 28 (vinte e oito) dias-multa, devendo a privativa de liberdade ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Houve apelação, improvida pela Corte Estadual.

Neste *writ*, alega a defensoria-impetrante que a fixação da pena-base acima do patamar mínimo foi lastreada em circunstâncias inerentes ao tipo penal, razão por que haveria constrangimento ilegal.

Pede, em razão disso, a diminuição da reprimenda e a modificação do regime prisional.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SENTENÇA FUNDAMENTADA. ANTECEDENTES CRIMINAIS NÃO SE CONFUNDEM COM PERSONALIDADE DO AGENTE. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO.

1. A elevação da pena-base acima do mínimo legal depende de expressa fundamentação do magistrado, a demonstrar, diante das peculiaridades do caso concreto, a real necessidade de sua exasperação, de acordo com as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

2. O magistrado considerou o paciente pessoa dotada de personalidade voltada para o crime em razão de ter se deixado influenciar, novamente, pelo ganho fácil derivado de conduta criminosa, apesar do benefício da pena restritiva de direito, ainda em cumprimento quando do cometimento do novo delito.

3. Em que pese a condenação tenha alcançado 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e o paciente é reincidente específico, razões essas suficientes à manutenção do regime prisional fechado. Precedente.

4. Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.751 - MS (2009/0060578-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Ao aplicar a pena, o Magistrado singular escreveu o seguinte (fls. 41/43):

1ª FASE – PENA BASE

Culpabilidade: a conduta do acusado não causa reprovabilidade maior do que a esperada para o delito em causa, apresentando-se comum para a hipótese; **antecedentes:** registra antecedentes criminis (fl. 38/39); **conduta social:** não há elementos que permitam aferir o relacionamento do réu nos diversos meios sociais que frequenta; **motivos do crime:** são os normais para o caso; **personalidade do agente:** tem personalidade volta (sic) para o crime uma vez que reiterou na prática delitiva mesmo estando em cumprimento a pena restritiva de direitos (fl. 10/11); **circunstâncias do crime:** foram as comuns para a espécie; **conseqüências do crime:** além da privação da “res furtiva” não ocorreram outras conseqüências que não as normais para a hipótese; **comportamento da vítima:** não pode ser considerado, pois o comportamento da vítima em nada contribuiu para o ilícito.

Considerando serem desfavoráveis os antecedentes e a personalidade do réu, fixo a pena-base um pouco acima do seu mínimo legal, qual seja, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Pelas mesmas razões, fixo a pena pecuniária em 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato, devidamente corrigido quando do efetivo pagamento, consoante o disposto no art. 60, do Código Penal, em razão de não haver sido trazidos aos autos elementos indicadores da capacidade financeira do acusado.

2ª FASE - ATENUANTES E AGRAVANTES:

Presentes no caso a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, letra 'd' e a agravante genérica da reincidência prevista no artigo 61, inciso I, ambos do Código Penal. Nos termos do artigo 67, deste mesmo Codex, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em tela, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea consoante decisão do STJ, motivo por que agravo a pena em 1/6 (um sexto), fixando-a em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão. Pelo mesmo critério, agravo a pena de multa e fixo-a em 21 (vinte e um) dias-multa.

3ª FASE - CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO

Vislumbro nesta etapa a causa de aumento de pena prevista no parágrafo 1º do artigo 155, motivo por que aumento as penas impostas em 1/3, tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão e a pena pecuniária em 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato, devidamente corrigido quando do efetivo pagamento, consoante o disposto no art. 60, do Código Penal, em razão de não ter sido colacionado aos autos informações sobre a capacidade financeira do acusado.

A pena privativa de liberdade será cumprida em regime inicial fechado, uma vez que o acusado é reincidente, nos termos do artigo 33, do Código Penal, fato que, outrossim, impede a substituição por restritiva de direitos, conforme artigo 44, inciso II, deste mesmo Codex.

Como visto, na primeira etapa do critério trifásico, o Juiz do processo fixou a pena-base em 8 (oito) meses acima do patamar mínimo. Para tanto, apontou a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber, os maus antecedentes e a personalidade do agente.

De se ver que a partir da leitura da folha de antecedentes criminais do ora paciente, verifica-se a existência de mais de uma condenação transitada em julgado. Assim, nada impede que uma seja utilizada na primeira etapa (maus antecedentes), enquanto a outra caracterize a agravante da reincidência. Desse modo, não há, nesse ponto, constrangimento ilegal a ser sanado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADA NÃO UTILIZADA PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO SERVIÇOS À COMUNIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mormente os maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação transitada em julgado que não configura reincidência, inexistindo, portanto, manifesta ilegalidade a ser sanada.
(HC 116.628/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 20.9.2010)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que o magistrado de primeiro grau considerou desfavoráveis, dentre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, os antecedentes e a conduta social, presumindo-se que as demais foram valoradas em benefício do paciente.

2. Se o paciente realmente possui condenações definitivas pelo cometimento de outros crimes, as quais não são impugnadas na impetração, justifica-se o acréscimo da pena-base pela valoração negativa dos antecedentes e da conduta social. A reprimenda adotada mostra-se em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

(HC 79.731/MS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 24.5.2010)

A reprimenda há de sofrer ajustes na segunda etapa. Isso porque, no entendimento deste Órgão Fracionário, a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, pois ambas são igualmente preponderantes, uma vez que envolvem a personalidade do agente.

A propósito, confirmam-se:

PENAL. ROUBO AGRAVADO. PENA. APLICAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. EXPRESSÕES DA PERSONALIDADE DO AGENTE. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. "A atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência" (HC-115.986, Ministra Maria Thereza, DJe de 24/5/2010.)

(AgRg no HC 122.752/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJe de 6.12.2010)

Dito isso, deve a reprimenda ser reajustada, o que passo a fazer desde já:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na primeira etapa, mantenho a fixação da pena-base em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além de 18 (dezoito) dias-multa, à vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes e personalidade).

Na segunda etapa, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Na terceira etapa, presente a majorante do repouso noturno, elevo-a em 1/3 (um terço), alcançando 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 24 (vinte e quatro) dias-multa, pena que torno definitiva à míngua de outras modificadoras.

Por fim, embora a sanção corporal não alcance 4 (quatro) anos de reclusão, é de ser preservado o regime prisional fechado para o início da expiação, uma vez que, além de o paciente ser reincidente, algumas circunstâncias judiciais o desfavorecem. Em consequência, inaplicável o enunciado da Súmula 269/STJ.

Pelas mesmas balizas, e levando em conta que a reincidência é específica – outras duas condenações transitadas em julgado por crimes de furto –, é inviável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem, com o intuito de, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão, e 28 (vinte e oito) dias-multa para 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 24 (vinte e quatro) dias-multa, mantido o regime fechado para o início da expiação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0060578-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 132.751 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080167122 42050019050

EM MESA

JULGADO: 08/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : JOÃO RICARDO BENEVIDES MENDES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 08 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário