HABEAS CORPUS Nº 492.341 - MS (2019/0036356-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL ANTONIO JOAO DE ANDRADE - MS004835B
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	MANOEL NEVES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

MANOEL NEVES DA SILVA, paciente neste habeas corpus, alega sofrer coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul** na Apelação n. 0004379-27.2017.8.12.00118.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 9 anos e 11 meses de reclusão, em regime fechado, mais 140 dias-multa, pela prática de furtos qualificados consumado e tentado.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação e rejeitou os embargos infringentes e de nulidade, ambos da defensoria.

Neste habeas corpus, alega a impetrante que a vetorial relativa à personalidade foi considerada desfavorável, mediante fundamentação inidônea.

Sustenta que a confissão parcial é apta para configurar a respectiva atenuante.

Pede **seja reduzida a pena-base e reconhecida a referida atenuante, a fim de que seja compensada com a reincidência.**

Indeferida a liminar e apresentadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

Decido.

O acórdão atacado asseriu o seguinte:

Quanto aos maus antecedentes e personalidade do agente, a fundamentação utilizada foi idônea, pois verifico nas folhas de antecedentes criminais (fls. 58/82), que há em relação ao recorrente, diversas sentenças condenatórias já transitadas em julgado, tendo sido consideradas nesta fase os processos de n° 0002848-12.2012.8.12.0007 e 0002455-53.2013.8.12.0007.

Sobre o tema, ressalte-se que **não há qualquer óbice na valoração negativa da personalidade do agente com base nos registros criminais, tendo em vista que estes evidenciam que o crime em questão não se trata de um evento isolado na vida do réu.**

Assim, o fato de existirem várias condenações com trânsito em julgado em desfavor do réu não implica em *bis in idem*, se cada uma das condenações forem (sic) valoradas em fases ou circunstâncias distintas [...]

Do mesmo modo, com relação às consequências do crime, percebe-se que o juízo *a quo* explicitou todos os elementos, visualizados no caso concreto, que ensejaram a exasperação da pena-base, pois em razão da incidência de duas qualificadoras, utilizou-se de uma delas na primeira fase da dosimetria, de modo que não há qualquer reparo a ser feito neste ponto.

[...]

Portanto, mantenho a pena-base nos termos da sentença, pois as circunstâncias judiciais tidas como negativas foram bem fundamentadas.

Igualmente, no que tange à segunda fase da dosimetria, entendo que esta deve permanecer inalterada. Explico.

Nos termos da Súmula nº 545, do Superior Tribunal de Justiça "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal".

Todavia, conforme é sabido, **na confissão espontânea, é necessário que o réu confesse a autoria do fato típico que lhe é imputado, o que não se observa na hipótese dos autos, uma vez que o réu confessou apenas ter escalado o telhado de uma das vítimas.**

Assim, se o réu confessou apenas parcialmente a conduta, não há como se reconhecer a atenuante de confissão para a dosimetria da pena.

Demais disso, não se pode olvidar que o legislador ordinário, ao estabelecer a incidência da agravante da

> reincidência, buscou instituir tratamento diferenciado àquele que reitera na prática delituosa, a fim de lhe aplicar penas mais severas, de modo que não volte a delinquir.
> **Assim, entendo que foi correta e razoável a elevação de 1/2 (metade) da pena na segunda fase da dosimetria, em razão da multirreincidência do réu.**
> Ainda, pugna o apelante pelo decote da causa de aumento do art. 155, § 1°, do Código Penal, ao argumento de que, além do fato dos estabelecimentos comerciais encontrarem-se desabitados no momento da ação delituosa, não se aplica referida causa de aumento no delito de furto já qualificado.
> Contudo, melhor sorte não lhe assiste.
> Ao contrário de que alega o apelante, a majorante em questão é perfeitamente aplicável ao caso, não importando se o imóvel era habitado ou não, ou se as pessoas que lá se encontravam estavam em repouso, pois durante o período noturno a vigilância é precária facilitando o sucesso da empreitada delituosa, motivo pelo qual a incidência da mesma é a medida que se impõe.
> [...]
> Vê-se, portanto, que não há óbice algum na incidência do repouso noturno no furto qualificado, consoante posicionamento atual do STJ.
> Logo, agiu corretamente o magistrado de instância singela em aplicar a majorante prevista no § 1° do artigo 155 do Código Penal.
> (fls. 244-248, grifei)

A respeito do tema, fiquei vencido no julgamento do **HC n. 348.451/RJ**, no qual a Sexta Turma decidiu, nos termos do voto vencedor do Ministro **Nefi Cordeiro**: "a existência de condenações anteriores transitadas em julgado pode justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de *bis in idem*. O que não se admite é a consideração de uma mesma condenação para a valoração negativa de mais de uma circunstância judicial ou de uma circunstância judicial e da reincidência".

Mais recentemente, também fiquei vencido no julgamento, pela Sexta Turma, do **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.688.077**. Na ocasião, assim me expressei oralmente:

> Senhor Presidente, fico vencido na questão relativa à

> distribuição dos registros de antecedentes penais entre as circunstâncias judiciais.
> Entendo, como já tive oportunidade de dizer neste colegiado, que a indicação de registros de ações penais com transito em julgado, com o fim de respaldar o incremento da pena na primeira fase da dosimetria, caracteriza indevido bis in idem, quando divididos em mais de uma circunstância.
> Com efeito, se a existência de condenações definitivas anteriores já foi devidamente sopesada na primeira etapa da dosimetria (art. 59 do CP), a título de maus antecedentes, ela não poderia ser novamente valorada, também para fins de exasperação da pena-base, como personalidade desajustada ou conduta social reprovável.
> No caso concreto, verifico a ilegalidade na dosimetria. A existência de condenações definitivas anteriores e distintas daquela considerada para efeitos de reincidência, de fato, pode ensejar a elevação da pena-base.
> Contudo, o histórico criminal do réu – que, tecnicamente, deveria ser enquadrado na vetorial antecedentes – não pode ser desmembrado para justificar, para cada condenação, a análise desfavorável de circunstâncias judiciais diversas, sob pena de aceitar-se múltipla exasperação na mesma etapa da dosimetria, por idêntica motivação jurídica. O réu estaria sendo duplamente punido pela existência de condenações definitivas anteriores, não importa o número delas.
> Não desconheço o entendimento segundo o qual é possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência; entretanto, tenho que a hipótese dos autos trata de situação diversa, haja vista que a mesma circunstância foi distribuída para valorar negativamente a circunstância judicial da personalidade, ensejando a múltipla exasperação da pena na mesma etapa da dosimetria, o que, a toda evidência, não se pode admitir, com a devida vênia dos entendimentos contrários.
> Sendo assim, na espécie, as condenações transitadas em julgado e não consideradas para efeitos de reincidência autorizam ter por desfavorável apenas a circunstância dos antecedentes.
> É como voto.

A seu turno, a Quinta Turma alterou seu entendimento sobre a questão, não inteiramente idêntica, mas com razão cognitiva e teleológica comum: "é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em

julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017)" (**HC n. 421.729**/MS, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 30/8/2018). É dizer, passou a Quinta Turma a entender que somente a título de antecedentes penais se pode anotar, como negativa, a circunstância judicial relativa a registros criminais passados do sentenciado.

Por fim, em julgado recente, a Terceira Seção deste Superior Tribunal decidiu em igual direção, assentando que "eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte" (**EAREsp n. 1.311.636/MS**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 3ª S., DJe 26/4/2019, grifei).

Na espécie, as instâncias ordinárias distribuíram diferentes condenações definitivas ostentadas pelo agente, a fim de sopesar negativamente os antecedentes e a personalidade, em dissonância com o entendimento acima exposto.

No que tange à confissão, o réu admitiu parcialmente a prática delitiva na fase judicial. No entanto, as instâncias ordinárias refutaram a incidência da atenuante, ao argumento de que o agente só teria reconhecido a escalada ao telhado de uma das vítimas.

Nesse cenário, esta Corte Superior entende que, "Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 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" (**HC n. 289.943/SP**, de Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 4/8/2014).

No mesmo sentido: "Se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante" (**HC n. 246.940/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T, DJe 24/4/2014).

Dessa forma, **é evidente o dissídio entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ, haja vista que a confissão realizada na fase judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação**, devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Feitas essas observações, passo à nova dosimetria.

Ao entender desfavoráveis os antecedentes, as consequências do crime e a personalidade do agente, o Juiz sentenciante fixou a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão, mais 60 dias-multa.

Nesse contexto, afasto o sopesamento negativo da vetorial relativa à personalidade, a fim de reduzir a **reprimenda-base proporcionalmente para 3 anos e 6 meses de reclusão, mais 40 dias-multa.**

Na segunda fase, embora reconhecida a caracterização da confissão, a multirreincidência do acusado impede a compensação, motivo pelo qual mantenho a majoração em 1/2 em decorrência desta agravante, de maneira a chegar à **sanção intermediária de 5 anos e 3 meses de reclusão, mais 60 dias-multa.**

Na terceira fase, preservo a razão de aumento de 1/3 decorrente da majorante referente ao período noturno, com o que **torno definitiva a reprimenda em 7 anos de reclusão e 80 dias-multa.**

Por fim, tal como as instâncias ordinárias, aplico o aumento de 1/6 em função da continuidade delitiva, **a resultar 8 anos e 2 meses de reclusão, mais 93 dias-multa.**

Diante do exposto, **concedo parcialmente a ordem, a fim de reduzir a reprimenda para 8 anos e 2 meses de reclusão mais 93 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão atacado.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**