HABEAS CORPUS Nº 496.018 - SC (2019/0060443-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	ROBERTO CARLOS COELHO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROBERTO CARLOS COELHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação n. 0012363-08.2013.8.24.0038.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nas sanções do artigo 155, § § 1º e § 4º, inciso IV, do Código Penal.

No julgamento da apelação, o tribunal de origem negou provimento ao recurso do réu, mantendo incólume a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de ser incompatível a aplicação da causa de aumento referente ao repouso noturno ao furto qualificado.

Requer, ao final, o redimensionamento da reprimenda do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 385-386.

As informações foram prestadas às fls. 427-485.

O Ministério Público Federal, às fls. 487-490, manifestou-se pela inadmissão da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

In casu, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 364-365):

> *"Pugna a defesa do recorrente, em suas razões recursais o afastamento da majorante referente ao repouso noturno em razão da sua incompatibilidade com a modalidade de furto qualificado.*
> *Conforme entendo, referido pleito não merece guarida.*
> *Quanto ao tema, não obstante a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, anoto que o Colegiado dessa Câmara, após exaustiva reflexão sobre o tema, revendo posicionamento anteriormente perfilhado, passou a admitir a incidência da causa de aumento do*

> *repouso noturno no furto qualificado.*
> *Entendimento, que coaduna com posição adotada por deste egrégio Tribunal (Apelação Criminal n. 0001934-77.2018.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 07-02-2019; Apelação Criminal n. 0008145-40.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal; Apelação Criminal n. 0002406-44.2017.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 18-12-2018; Apelação Criminal n. 0003094-63.2018.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 13-12-2018; Apelação Criminal n. 0000006-68.2018.8.24.0022, de Curitibanos, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 31-01-2019).*
> *Nesse passo, tencionando manter coerência com o que vem sendo decidido por este órgão fracionário, filiei-me ao entendimento de que é compatível a aplicação da referida majorante com a forma qualificada do delito de furto.*
> *Inexistindo dúvida quanto ao cometimento do ilícito em repouso noturno (03:00 horas), não há que se considerar o afastamento da majorante."*

Sobre o assunto, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que *"a causa de aumento prevista no § 1° do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto."* (HC 424.098/SC, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018).

A propósito, confiram-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Sodalício:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. COMPATIBILIDADE ENTRE A FORMA QUALIFICADA E A CAUSA DE AUMENTO DO § 1º DO ART. 155, DO CP. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVANTE MULTIRREINCIDENTE. VERBETE SUMULAR N.º 269/STJ. APLICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.*
> *I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro*

de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

*II - **A alegada incompatibilidade da causa de aumento de pena referente ao repouso noturno com o furto qualificado, não merece prosperar, uma vez que este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "a causa de aumento prevista no § 1° do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto." Precedentes.***

III - O réu reincidente condenado à pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos e que tenha circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto.

IV - In casu, os requisitos para a fixação do regime semiaberto foram atendidos, tratando-se de agravante que, apesar de multirreincidente, teve sua pena-base aplicada no mínimo legal, sendo suas circunstâncias judiciais favoráveis.

V - O art. 44 do Código Penal faculta ao julgador a substituição da pena privativa por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito, nos casos em que a reprimenda seja superior à 1 (um) ano de reclusão. VI - Na hipótese, inexiste manifesta desproporcionalidade ou ilegalidade, de modo que as penas de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária impostas ao segundo agravante devem ser mantidas. Precedentes.

Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no HC 466.655/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019)"

"HABEAS CORPUS. ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, E ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, C.C. O ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FURTO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. OUTROS MEIOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CONSIDERADO O ITER CRIMINIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. INVERSÃO DO JULGADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO WRIT. AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. REGIME FECHADO. CABIMENTO. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É imprescindível, para a constatação da qualificadora referente à

escalada no crime de furto, a realização do exame de corpo de delito, o qual pode ser suprido pela prova testemunhal ou outro meio indireto somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, o que não foi evidenciado nos autos.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes, na primeira fase, bem como para agravar a pena, na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as anotações sejam de fatos diversos, como no caso.

3. As reduções das penas privativas de liberdade em razão das tentativas foram aplicadas com base no iter criminis percorrido pelo Agente, não se mostrando inidôneo tal proceder.

4. A inversão do julgado, de forma a verificar se deve ser aplicada a fração máxima do redutor pela tentativa, implicaria profunda análise do arcabouço fático-probatório, o que é defeso na via estreita do habeas corpus.

*5. **A causa de aumento de pena prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, relativa à prática de furto durante o repouso noturno, é aplicável na qualificada do delito, bem como independe se o local está habitado.***

6. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em menos de 4 (quatro) anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, o que levou à fixação da pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, encontra-se justificado o estabelecimento do regime prisional fechado, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

7. É possível a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de origem quando esgotada a jurisdição ordinária.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão recorrido, afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, restabelecendo-se a sentença.

(HC 456.927/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 28/03/2019)"

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não conheço o *habeas corpus***.

Publique-se e intime-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator