

HABEAS CORPUS Nº 540.521 - SP (2019/0313518-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - SP310258
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO DA SILVA COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CRISTIANO DA SILVA COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002525-91.2017.8.26.0540).

O paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 155, §§ 1º e 4º, II, do Código Penal (furto qualificado), às penas de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 14 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, em acórdão que restou assim ementado, *in verbis* (fl. 41):

FURTO QUALIFICADO. Incabível abertura de vistas à defesa após Parecer da Procuradoria Geral de Justiça. Cabível a consideração das qualificadoras excedentes para majorar a pena base. A reincidência foi demonstrada nos autos, sendo a F.A. documento hábil para essa comprovação. A causa de aumento de repouso noturno se caracterizou. Ausente incompatibilidade entre a causa de aumento de repouso noturno e o furto qualificado. O réu não preenche os requisitos para a substituição do artigo 44 do Código Penal. O regime inicial fechado é o adequado. NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo.

No presente *mandamus*, a defesa sustenta a incompatibilidade do furto qualificado com a causa de aumento de repouso noturno. Aduz que a incidência da duas qualificadoras não justifica a exasperação da pena-base, sob pena de *bis in idem*. Acrescenta não haver razão para o aumento da pena pela mera enumeração de qualificadoras.

Afirma que a reincidência não impede a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Superior Tribunal de Justiça

Requer a observância da Súmula n. 269 do STJ, com a fixação do regime semiaberto.

Pugna, em liminar e no mérito, pela fixação da pena no mínimo legal, do regime semiaberto e pela substituição da pena.

Medida liminar indeferida conforme decisão de fls. 38/39.

Informações prestadas às fls. 48/51 e 52/102.

Parecer ministerial de fls. 104/109 pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

Diante do novel posicionamento jurisprudencial do STF e desta Corte onde não deve ser conhecido o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, tenho por prudente determinar o processamento do feito somente para verificação da existência de eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Da sentença de primeiro grau colhe-se:

"[...]"

Portanto, pelas provas colhidas nos autos é de rigor a condenação do réu Cristiano da Silva Costa, pela pratica do crime furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas, durante o repouso noturno, previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV do Código Penal, contra a vítima Extra Hipermercados. Observando o artigo 68 do Código Penal, passo a fixar à pena. Na primeira fase da aplicação da pena, parte-se do mínimo legal (02 anos de reclusão e 10 dias-multa – furto qualificado pelo rompimento de obstáculo). As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não são desfavoráveis ao réu, porque ele foi auxiliado por mais uma pessoa, sendo mais reprovável a sua conduta, motivo pelo qual aumento a sua pena em 1/6, passando para 2 anos e 4 meses de reclusão, e 11 dias-multa (fls. 92/98 = 119/125 = 129/135). Na segunda fase da aplicação da pena, compenso a agravante da reincidência (fls. 92/98 = 119/125 = 129/135) com a sua confissão (gravação audiovisual). Na terceira fase de aplicação da pena, não existe causa de diminuição a ser apreciada. No entanto, aumento a sua pena em mais 1/3, pois o crime foi praticado durante o repouso noturno, conforme já reconhecido, totalizando a pena em 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 14 dias-multa, que a torno definitiva. Fixo o valor do dia multa, no mínimo legal de 1/30 avôs do salário mínimo, em virtude de não haver nos autos elementos que comprovem ter o réu capacidade econômica

suficiente para arcar com um valor superior (fls. 18 = 69). **O regime inicial de cumprimento da pena do réu é o fechado, segundo dispõe o artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, pois, a despeito de a pena ser inferior a quatro anos e as circunstâncias judiciais serem favoráveis a ele, o réu é reincidente (fls. 92/98 = 119/125 = 129/135) aplicação da pena, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porque o réu teria direito ao regime semiaberto, em 03 de maio de 2018.** Apesar de o crime ter sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e a pena aplicada ao réu ser inferior a quatro anos, o réu é reincidente (fls. 92/98 = 119/125 = 129/135), motivo pelo qual o réu não reúne os requisitos subjetivos do artigo 44 do Código Penal. III - Dispositivo. Em razão do exposto **CONDENO** o réu **CRISTIANO DA SILVA COSTA** (R.G. nº 47.258.410 – filho de Manoel Chaves da Costa e Marli Ferreira da Silva – fls. 16 e 21), pela prática do crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas, durante o repouso noturno, contra a vítima Extra Hipermercados, previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal, a 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 14 dias multa, sendo de 1/30 avos do salário mínimo cada dia multa. O réu arcará com as custas do processo, no valor de 100 UFESPs, cada um, consoante determina o artigo 4º, § 9º, alínea a, da Lei Estadual Paulista nº 11.608/09, mas o isento por estar representado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Nego ao réu o direito de apelar em liberdade, devido a sua reincidência (fls. 92/98 = 119/125 = 129/135), pois em liberdade ele coloca em risco a ordem pública. De mais a mais, o réu aguardou todo o trâmite processual preso.

Por sua vez, são estes os fundamentos do aresto hostilizado:

"[...]"

Quanto à dosimetria da observo a necessidade de consideração das qualificadoras excedentes para majorar a pena, pois a pluralidade de qualificadoras deve trazer pena mais exacerbada diante do grau de reprovabilidade, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. O aumento se mostrou adequado, em 1/6, devendo ser mantido. Nesse sentido:

"[...]"

Na fase seguinte a agravante da reincidência foi compensada com a atenuante da confissão, sem merecer qualquer modificação.

A reincidência foi comprovada ante as anotações de fls. 92/98, 119/125 e 129/135, inexistindo vedação à consideração dos dados constantes de Folhas de Antecedentes, posto que é documento hábil a comprovar os

Superior Tribunal de Justiça

antecedentes que ali estão discriminados de forma pormenorizada. Neste caso, fica dispensada a apresentação de certidão cartorária.

Por fim, se caracterizou a causa de aumento de repouso noturno, sendo mantido o aumento da reprimenda em 1/3.

Assevero que, para caracterizar a causa do artigo 155, § 1º do Código Penal basta que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para lojas, residências, veículos, entre outros. Pouco importa se a loja não é local de repouso de pessoas.

[...]

Tampouco se cogita de incompatibilidade da causa de aumento de pena de repouso noturno com o furto qualificado. A questão é pacífica no Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Incabível a substituição do artigo 44 do Código Penal, já que o réu não preenche os requisitos para tal, ante a reincidência em crime doloso.

O regime inicial deve ser o fechado. Isso porque é o mais adequado para reprimir o crime em questão, posto que se trata de réu reincidente, ou seja, apesar da pena anterior voltou a delinquir, em notória demonstração de que não absorveu a terapêutica prisional, o que autoriza o maior rigor.

Consoante orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, reconhecida a presença de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, promovendo a alteração do *quantum* de pena abstratamente previsto, podendo, outrossim, as demais serem utilizadas como circunstância judicial na primeira fase da etapa do critério trifásico, ou como agravante na segunda etapa, não havendo falar em *bis in idem*.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DE OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No caso dos autos, verifica-se a inexistência de

hipótese apta a justificar a revisão, por esta Corte Superior, da fixação da pena-base, tendo a instância ordinária lastreado seus fundamentos nas informações concretas inseridas nos autos, em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias do crime e motivo), o que demonstra a possibilidade de exasperação da sanção básica a fim de caracterizar uma maior reprovabilidade da conduta.

2. Não há bis in idem quando, havendo mais de uma qualificadora, uma delas for utilizada para qualificar o delito e as demais forem consideradas como circunstâncias desfavoráveis, seja para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, seja para elevar a reprimenda básica na primeira fase. Precedentes.

3. Como ressaltado pelo Tribunal de origem, as circunstâncias judiciais negativamente valoradas possuem elementos próprios, como já destacado, e não reproduzem as qualificadoras reconhecidas pelo Tribunal do Júri.

4. Agravo regimental desprovido." (HC 512.372/PE, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2019).

Tampouco há falar em incompatibilidade da causa de aumento de pena de repouso noturno com o furto qualificado, nos termos de pacífica jurisprudência desta Corte de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO CASO DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. MATÉRIA DE DIREITO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1776774/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/03/2019)

Noutro vértice, consoante o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO NA FORMA TENTADA. REGIME SEMIABERTO. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. Nos termos do art. 33 do Código Penal e do teor da Súmula 269 desta Corte, fixada a pena em patamar inferior a 4 anos, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriada, diante da reincidência do agravante, não havendo falar, portanto, em existência de ilegalidade flagrante. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 479.165/SC, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 4/2/2019).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME PRISIONAL. PACIENTES REINCIDENTES, CONDENADOS A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. .

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

3. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

4. Em relação ao regime, ainda que os pacientes sejam reincidentes, é possível a aplicação do regime intermediário, tendo em vista a quantidade das penas aplicadas - inferiores a 4 anos - e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis. Isso porque, consoante dispõe o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte Superior: "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes

Superior Tribunal de Justiça

condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas dos pacientes e fixar o regime semiaberto.* (HC 313.902/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/6/2017).

Assim, cabível a fixação do regime intermediário, no presente caso, a despeito de o réu ser reincidente, tendo em vista que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e a pena aplicada foi menor do que 4 anos.

De outro lado, contudo, não encontra guarida a impetração relativamente à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o entendimento da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, *embora a pena definitiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se insuficiente quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável* (art. 44, II e § 3º, do CP) (AgRg no Resp. 1.716.907/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/5/2018).

Ante o exposto, não conheço do presente *writ*. Todavia, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o início de resgate da pena, mantido os demais termos da condenação.

Publique-se.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator