



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 509.594 - SP (2019/0133894-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO ANTÔNIO OLIVEIRA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA PARA FIGURA TÍPICA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DO DELITO QUALIFICADO COM A CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO REPOUSO NOTURNO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Pretensão desclassificatória da conduta qualificada para o tipo básico. Cumpre esclarecer que jurisprudência do Tribunal da Cidadania é no sentido de que é *“de rigor a incidência da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP quando o agente, visando subtrair aparelho sonoro localizado no interior do veículo, quebra o vidro da janela do automóvel para atingir o seu intento, primeiro porque este obstáculo dificultava a ação do autor, segundo porque o vidro não é parte integrante da res furtiva visada, no caso, o som automotivo”* (REsp n. 1.079.847/SP, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 05/09/2013). Precedentes.

III - Pedido de exclusão da causa de aumento referente ao repouso noturno. O entendimento consagrado neste eg. Superior Tribunal de Justiça é de que **não há incompatibilidade** entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno. A jurisprudência deste eg. Tribunal Superior é firme no sentido de que as normas que estabelecem as qualificadoras do furto e a causa de aumento do repouso noturno são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art. 155 do Código Penal) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado. Impende registrar que a causa de aumento de pena em comento, assim como as demais majorantes previstas no Código Penal e na legislação esparsa, nada mais são do que circunstâncias especiais erigidas pelo legislador infraconstitucional como de maior gravidade. Nesse contexto, a inserção na derradeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

etapa da dosimetria apenas serve para cristalizar a maior reprovação da conduta, tendo em mente a existência de um procedimento sancionatório lógico, gradativo e escalonado. Precedentes: STJ e STF.

IV - Com efeito, *"é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo"* (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 14/08/2018). Na hipótese em foco, nota-se o delineamento de elementos concretos para a imposição de regime mais gravoso – **os maus antecedentes, a reincidência e outras duas condenações definitivas a indicar a reiteração delitiva** -, não se restringido a fundamentação a considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de junho de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 509.594 - SP (2019/0133894-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO ANTÔNIO OLIVEIRA DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de JOÃO ANTÔNIO OLIVEIRA DE SOUZA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001335-59.2018.8.26.0540 .

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de **1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 8 (oito) dias-multa**, como incurso nas sanções do art. 155, § § 1º e 4º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls.21-23).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 15-20.

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo e da causa de aumento do repouso noturno, bem como na fixação do regime mais gravoso.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja desclassificada a conduta para modalidade furto simples, bem como afastar a causa de aumento do repouso noturno e fixar o regime aberto.

A liminar foi indeferida (fls. 28-30).

Informações prestadas às fls. 35-43.

O Ministério Público Federal, às fls. 45-51, manifestou-se pelo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. USÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. FURTO DE BEM NO INTERIOR DO VEÍCULO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E COMPATIBILIDADE ENTRE O FURTO QUALIFICADO E A CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO REPOUSO NOTURNO. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA.

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.” (fl. 45).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 509.594 - SP (2019/0133894-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO ANTÔNIO OLIVEIRA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA PARA FIGURA TÍPICA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DO DELITO QUALIFICADO COM A CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO REPOUSO NOTURNO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Pretensão desclassificatória da conduta qualificada para o tipo básico. Cumpre esclarecer que jurisprudência do Tribunal da Cidadania é no sentido de que é “*de rigor a incidência da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP quando o agente, visando subtrair aparelho sonoro localizado no interior do veículo, quebra o vidro da janela do automóvel para atingir o seu intento, primeiro porque este obstáculo dificultava a ação do autor, segundo porque o vidro não é parte integrante da res furtiva visada, no caso, o som automotivo*” (EREsp n. 1.079.847/SP, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 05/09/2013). Precedentes.

III - Pedido de exclusão da causa de aumento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referente ao repouso noturno. O entendimento consagrado neste eg. Superior Tribunal de Justiça é de que **não há incompatibilidade** entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno. A jurisprudência deste eg. Tribunal Superior é firme no sentido de que as normas que estabelecem as qualificadoras do furto e a causa de aumento do repouso noturno são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art. 155 do Código Penal) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado. Impende registrar que a causa de aumento de pena em comento, assim como as demais majorantes previstas no Código Penal e na legislação esparsa, nada mais são do que circunstâncias especiais erigidas pelo legislador infraconstitucional como de maior gravidade. Nesse contexto, a inserção na derradeira etapa da dosimetria apenas serve para cristalizar a maior reprovação da conduta, tendo em mente a existência de um procedimento sancionatório lógico, gradativo e escalonado. Precedentes: STJ e STF.

IV - Com efeito, *"é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo"* (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 14/08/2018). Na hipótese em foco, nota-se o delineamento de elementos concretos para a imposição de regime mais gravoso – **os maus antecedentes, a reincidência e outras duas condenações definitivas a indicar a reiteração delitiva** -, não se restringido a fundamentação a considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Como relatado, busca-se no presente **writ**: i) a desclassificação da conduta para furto simples; ii) o afastamento da causa de aumento referente ao repouso noturno; e iii) a fixação do regime inicial aberto.

Transcrevo, para melhor delimitar a **questio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

“Inconteste a materialidade do delito, comprovada pelo auto de exibição, apreensão, avaliação e entrega da res (fl. 23).

Quanto à autoria do crime, a prova dos autos faz concluir pela culpabilidade do apelante, senão vejamos.

O apelante, nas duas fases da persecução penal, confessou a imputação. Afirmou ter “terminado de quebrar” o vidro do automóvel, que sustentou que estava trincado, e, assim que saiu do veículo com o aparelho de som, foi surpreendido pelos policiais.

[...]

Por sua vez, a qualificadora de rompimento de obstáculo restou devidamente comprovada pela prova oral colhida, assim como pelo laudo pericial acostado às fls. 122/126.

No que concerne à dosimetria da pena, nada a reparar, porquanto no primeiro momento foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em razão do mau antecedente (fl. 63 tráfico), no segundo momento foi inicialmente aumentada em 1/6 (um sexto) pela reincidência (fl. 64 furto), que, por ser específica, exigia acréscimo mais expressivo, mas trata-se de recurso exclusivo da defesa, e, em seguida, foi reduzida ao mínimo legal pela atenuante da confissão, o que beneficiou o apelante, dada a preponderância da reincidência sobre a confissão, o que também se mantém em recurso exclusivo da defesa, enquanto no terceiro momento foi acrescida de 1/3 (um terço) ante o repouso noturno e reduzida de 1/3 (um terço) pela tentativa, em razão do longo iter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminis percorrido, pelo que foi tornada definitiva em 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Obedecendo aos mesmos critérios acima explicitados, foi fixada a pena pecuniária em 8 (oito) dias-multa, no mínimo legal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantém-se o fechado, em face do mau antecedente e da reincidência, específica, inclusive, sendo incabível, pelos mesmos motivos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do sursis.

Cabe anotar, ainda, que, para além das duas condenações valoradas na r. sentença quando da fixação da pena, o apelante ostenta também outras duas condenações definitivas, ambas por crime de furto, a denotar se tratar de furtador contumaz, a igualmente justificar a imposição do regime prisional mais rigoroso” (fls. 17-20, grifei).

Inicialmente, quanto à pretensão de desclassificar a conduta para figura típica do art. 155, **caput**, do Código Penal, cumpre esclarecer que jurisprudência do Tribunal da Cidadania é no sentido de que é “*de rigor a incidência da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP quando o agente, visando subtrair aparelho sonoro localizado no interior do veículo, quebra o vidro da janela do automóvel para atingir o seu intento, primeiro porque este obstáculo dificultava a ação do autor, segundo porque o vidro não é parte integrante da res furtiva visada, no caso, o som automotivo*” (REsp n. 1.079.847/SP, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 05/09/2013).

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AÇÃO DELITUOSA FILMADA POR DISPOSITIVO DE SEGURANÇA. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. EXAME MÉDICO NO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O agravante quebrou o vidro do veículo da vítima e subtraiu objetos. A ação foi registrada por câmeras de segurança e confirmada por testemunhas. O exame médico constatou a presença de cortes em sua mão e antebraço, além de cacos de vidro em suas vestes.

2. Apesar de não ter sido realizada perícia no veículo, as circunstâncias acima mencionadas permitem a incidência da majorante do art. 155, § 4º, I, do Código Penal (rompimento de obstáculo), ainda mais porque a vítima consertou o veículo, impedindo a realização do exame pericial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 409.327/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 19/10/2017).

Em relação à causa de aumento do repouso noturno, o entendimento consagrado neste eg. Superior Tribunal de Justiça é de que **não há incompatibilidade** entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno.

A jurisprudência deste eg. Tribunal Superior é firme no sentido de que as normas que estabelecem as qualificadoras do furto e a causa de aumento do repouso noturno são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art. 155 do Código Penal) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado.

Oportunas as considerações de **Paulo César Busato** sobre a **questio**, no sentido de que: "o furto noturno é tratado como causa especial de aumento de pena". Conclui, sobre o tema, na obra *Direito Penal, Parte Especial*, vol. 1, São Paulo: Ed. Atlas, 2014, página 413, **in verbis**:

"A escolha dessa circunstância apoia-se claramente em dois fundamentos que conduzem a um maior desvalor da ação. Primeiramente, na ideia de que a realização do furto durante o repouso noturno encontra menor possibilidade de manifestação de resistência por parte da vítima, já que esta possivelmente encontra-se dormindo. Em segundo lugar, mas não menos importante, na menor possibilidade de que o agente seja percebido por terceiros, e que estes deem o alarma para a vítima, que diminuída a presença de pessoas transitando por todos os locais, inclusive aquele que será o da perpetração do crime."

Acerca da questão, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito de furto.

2. *Agravo regimental não provido*" (AgInt no REsp n. 1.776.774/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/03/2019, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO.MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO. COMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.FATO INCONTROVERSO. VALORAÇÃO JURÍDICA. POSSIBILIDADE. GRAVO IMPROVIDO.

1. *A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere a prática do crime durante o repouso noturno, é aplicável ao furto qualificado.*

2. *Tratando-se de valoração jurídica de fato incontroverso, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ, a obstar o processamento do recurso especial.*

3. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no REsp n. 1.731.115/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 24/09/2018, grifei).

"RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REPOUSO NOTURNO. FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Nos termos do art. 155, § 2º, do CP, constatada a reincidência do réu, mostra-se descabido o reconhecimento do furto privilegiado, bem como a consequente redução de pena dele decorrente. Precedentes.*

2. *Segundo jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno pode incidir tanto no furto simples quanto no qualificado, inexistindo incompatibilidade entre os institutos. Precedentes.*

3. *Recurso parcialmente provido*" (REsp n. 1.724.648/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 31/08/2018).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DELITO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

2. *Agravo regimental improvido"* (AgRg no REsp n. 1.721.890/MS, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 04/06/2018).

Não é outro o entendimento do **Pretório Excelso**, como se verifica em recente decisão da Segunda Turma no julgamento do **HC 130.952/MG**, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (CP, ART. 155, § 4º, I, C/C O ART. 14, II). CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO (CP, ART. 155, § Lº) NAS FORMAS QUALIFICADAS DO CRIME DE FURTO (CP, ART. 155, § 4º). ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL E DE CONTRADIÇÃO LÓGICA QUE POSSA OBSTAR A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA DOS DOIS INSTITUTOS QUANDO PERFEITAMENTE COMPATÍVEIS COM A SITUAÇÃO FÁTICA. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. ORDEM DENEGADA.

1. *Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador.*

2. *Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) -, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos.*

3. *Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática.*

4. *Ordem denegada"* (HC n. 130.952, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Dias Tofoli**, DJe de 20/02/2017, grifei).

Tal entendimento revela, **mutatis mutandis**, a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.193.194/MG, no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), máxime se presentes os requisitos.

Confira-se a ementa da decisão citada:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PENAL E PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISSÍDIO NOTÓRIO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO NO FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DE NATUREZA OBJETIVA. ACÓRDÃO ESTADUAL EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO. CONFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO PRECONIZADO NO ERESP 842.425/RS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Consoante entendimento pacificado pelo julgamento do EREsp. 842.425/RS, de que relator o eminente Ministro Og Fernandes, afigura-se absolutamente "possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º)", máxime se presente qualificadora de ordem objetiva, a primariedade do réu e, também, o pequeno valor da res furtiva.

2. Na hipótese, estando reconhecido pela instância ordinária que os bens eram de pequeno valor e que o réu não era reincidente, cabível a aplicação da posição firmada pela Terceira Seção.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (REsp n. 1193194/MG, Terceira Seção, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28/08/2012)

Outrossim, impende registrar que a causa de aumento de pena em comento, assim como as demais majorantes previstas no Código Penal e na legislação esparsa, nada mais são do que circunstâncias especiais erigidas pelo legislador infraconstitucional como de maior gravidade. Nesse contexto, a inserção na derradeira etapa da dosimetria apenas serve para cristalizar a maior reprovação da conduta, tendo em mente a existência de um procedimento sancionatório lógico, gradativo e escalonado.

No que tange ao regime inicial, segundo jurisprudência pacífica do excelso Supremo Tribunal Federal, *"a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"* (Súmula n. 718/STF), e *"a imposição do regime de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula n. 719/STF).

Importante consignar ainda que, *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"* (Súmula n. 440/STJ).

Ciente disso, cumpre destacar que *"é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo"* (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 14/08/2018).

Portanto, nota-se o delineamento de elementos concretos para a imposição de regime mais gravoso – **os maus antecedentes, a reincidência e outras duas condenações definitivas a indicar a reiteração delitiva** -, não se restringido a fundamentação a considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime.

A propósito:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. VIOLÊNCIA E APRISIONAMENTO DAS VÍTIMAS NO BANHEIRO. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na hipótese, sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial aberto mostrar-se-ia mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. III - Por outro lado, a jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo fundamentação concreta, e diante das circunstâncias do caso, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena.

IV - Na presente hipótese, o regime mais gravoso fundamentou-se nas circunstâncias do caso concreto, evidenciada pelo seu modus operandi, ou seja, aprisionamento das vítimas no banheiro para garantir o sucesso da empreita criminosa. Assim, ausente o alegado constrangimento ilegal.

Habeas corpus não conhecido” (HC n. 485.684/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 19/02/2019).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. CONTUMÁCIA DO RÉU EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES MÚLTIPLOS. PROPORCIONALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA IGUAL OU INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUGA QUANDO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MENOS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A contumácia do réu em crimes contra o patrimônio impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

2. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça é possível a utilização de anteriores condenações transitadas em julgado para a exasperação da pena-base, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, vedado, apenas, o bis in idem. Precedentes. A exasperação da pena-base em 1 ano diante dos múltiplos maus antecedentes do paciente, com reflexos nas circunstâncias judiciais da aplicação da pena, não se revela desproporcional, pois a pena em abstrato cominada para o delito é de 2 a 8 anos.

3. Cabível a fixação do regime inicial fechado para o condenado a pena igual ou inferior a 4 anos que ostenta circunstâncias judiciais incompatíveis com o regime mais favorável. Não há ilegalidade flagrante na fixação do regime mais gravoso ao paciente, tendo em vista o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias, qual seja, a habitualidade criminosa do paciente, mormente levando em consideração a informação prestada à fl. 423, no sentido de que o paciente cumpria, em regime fechado, pena total de 12 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão pela prática de crimes de furtos nas formas simples e qualificada, quando foi progredido para o regime semiaberto em 18/8/2014. Adequado à respectiva unidade penal em 2/9/2014, empreendeu fuga em 9/10/2014. Ausente, à toda evidência, o requisito subjetivo para regime menos gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus não conhecido*” (HC n. 184.741/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 28/08/2017, grifei).

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. VEDAÇÃO DO APELO EM LIBERDADE. FUGA DO DISTRITO DA CULPA E REITERAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A fuga do paciente do distrito da culpa, assim como a reiteração delitiva, são motivos suficientes a embasar a vedação do direito de recorrer em liberdade, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública.

REPRIMENDA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. REITERAÇÃO CRIMINOSA E FUGA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade na fixação do modo fechado de execução quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, constata-se a fuga do paciente da delegacia de polícia em que se encontrava flagrantado e a reiteração delitiva em crime grave, o que indica que o modo mais gravoso para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se justificado e é o mais adequado.

[...]

2. Ordem denegada” (HC n. 189.794/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 24/08/2012, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0133894-5

HC 509.594 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013355920188260540 13355920188260540 48192018

EM MESA

JULGADO: 06/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO ANTÔNIO OLIVEIRA DE SOUZA (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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.