



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.218 - RJ (2015/0134006-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DANIEL SILVA DE SOUZA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO EM RELAÇÃO À OCORRÊNCIA DO FATO APURADO. FURTO PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE COM QUALIFICADORAS OBJETIVAS. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. DETERMINAÇÃO DO BENEFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. REGIME INICIAL SEMIABERTO DEVIDO. PENA DEFINITIVA, NA PIOR DAS HIPÓTESES, INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS INDEVIDA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie.

2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a *"mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei"* (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. Na primeira fase da dosimetria da pena as instâncias inferiores atuaram com correção, pois foi apenas uma das qualificadoras que exasperaram a pena-base, conquanto tenha havido duplicidade de sentido na fundamentação da sentença, ao se referir às duas qualificadoras. A conclusão torna-se inconteste ao fazer incidir o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) sobre intervalo de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos), resultaria no acréscimo de 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses. Por conseguinte, como a pena base foi fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

5. Da análise conjunta dos arts. 63 e 64 do Código Penal, extrai-se que a reincidência somente se configura se houver a prática de crime cometido no Brasil ou no exterior, salvo crime militar próprio ou político; o trânsito em julgado desse crime, tornando a condenação definitiva; e, por fim, a prática de novo crime, que será por ela agravado, se cometido dentro do período depurador de 5 anos da data do cumprimento ou extinção da pena, porquanto adotado no Brasil o sistema da temporariedade da reincidência.

6. No caso, há ilegalidade na consideração do crime antecedente como reincidente, pois ausente seu trânsito em julgado quando da conduta do crime em análise, não adimplindo, pois, os requisitos ensejadores da reincidência. Nos termos da jurisprudência desta Corte, ressalte-se, contudo, que seria plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa de maus antecedentes. Entrementes, em observância à regra *non reformatio in pejus*, não é possível, sem recurso do *dominus litis*, exasperar a pena-base com o antecedente equivocadamente considerado como reincidência. Por outro lado, impõe-se a desconsideração da reincidência na dosimetria da pena, tornando-se definitiva a pena-base fixada pelas instâncias ordinária em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tendo em vista a ausência de causas de aumento ou diminuição a ser valoradas.

8. É assente a jurisprudência STJ, nos crimes em geral, a viabilidade de incidência do privilégio com o tipo qualificado, desde que as qualificadoras tenha caráter objetivo. Especificamente quanto ao furto, o Enunciado de Súmula 511 desta Corte é inequívoco quanto à subsunção legal ao privilégio do art. 155, § 2º, do CP do agente que executar a conduta do furto qualificado, desde que seja, ao menos, tecnicamente primário, o produto do crime seja de pequeno valor e a qualificadora seja objetiva. Por conseguinte, a única qualificadora que inviabiliza o benefício penal é a de abuso de confiança (CP, art. 155, § 4º, II, primeira parte).

9. As instâncias ordinárias sequer analisaram a questão, pois restou prejudicada com o reconhecimento da reincidência, cuja ausência é requisito para a concessão do benefício. Constatou-se que as qualificadoras do tipo são indiscutivelmente objetivas, consistentes na escalada e no concurso de pessoas. Ademais, constatou-se supra a primariedade técnica do paciente e a *res furtivae* insere-se na categoria de pequeno valor, porquanto inferior ao salário mínimo. Por conseguinte, de rigor a concessão do privilégio ao paciente pelo Juízo de 1º grau para sanar *error in iudicando* das instâncias inferiores.

10. Malgrado pendência da aplicação concreta do benefício penal do art. 155, § 2º, do Código Penal pelas instâncias inferiores, da correção das ilegalidades observadas na dosimetria da pena, observa-se que a pena definitiva, na pior das hipóteses, estabelecer-se-á em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Nesse diapasão, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º do Código Penal, tendo em vista a existência de circunstância judicial desfavorável ao réu, devida é a fixação do regime inicial de cumprimento da pena semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11. Incabível substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, porquanto inadimplidos um dos requisitos do art. 44, do Código Penal: o crime é doloso, cuja pena aplicada é inferior a 4 anos; o paciente é tecnicamente primário; porém, há circunstância judicial desabonadora.

12. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo de 1º grau proceda ao redimensionamento da pena imposta, com a aplicação do privilégio do § 2º do art. 155 do CP, como entender de direito, e estabelecer o regime inicial semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.218 - RJ (2015/0134006-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : DANIEL SILVA DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **DANIEL SILVA DE SOUZA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos, 8 (oito) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, incs. I e II, do Código Penal

Inconformado, o réu interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. ART. 155, § 4º, INCS. I e II DO CÓDIGO PENAL. PENAS DE 02 (DOIS) ANOS, 08 (OITO) MESES E 6 (SEIS) DIAS DE RECLUSÃO E 14 (QUATORZE) DIAS-MULTA. REGIME FECHADO. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA PELA AUSÊNCIA DE LESÃO SIGNIFICATIVA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESPROVIMENTO. Apelante que furtou uma blusa avaliada em R\$100,00 (cem reais), mediante escalada e rompimento de obstáculo. Bem que é de pequeno valor, mas não é insignificante, tendo em vista as condições da vítima e o lugar onde o delito foi praticado. Não há que se falar em bagatela ou insignificância quando o próprio legislador prevê para o tipo qualificado uma maior reprovabilidade na conduta do agente. Comportamento do acusado que mostra-se inadequado, não podendo ser incentivada pelo Estado como norma de conduta a ser seguida, eis que coloca em risco os axiomas sociais, devendo ser afastada a pretensão absolutória. RECURSO A QUE SE CONHECE E A QUE, NO MÉRITO, NEGA-SE PROVIMENTO, MANTENDO A SENTENÇA ATACADA NA ÍNTEGRA." (fl. 28)

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados. Está inscrito na ementa do acórdão:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES. PLEITO PARA REVOLVER MATÉRIA JÁ REVISTA POR ESSE ÓRGÃO JULGADOR. INADMISSIBILIDADE. Como sabido os embargos de declaração destinam-se a desfazer obscuridade, afastar contradições e ambiguidade e suprir omissões que, eventualmente, estejam presentes no acórdão proferido pelo Tribunal, consoante preceitua o art. 619 do Código de Processo Penal. In casu, defesa que opôs os presentes embargos de declaração se insurgindo, na verdade, contra a manutenção por esta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Câmara Revisora da dosimetria acertada pelo Juízo de piso. Reincidência do acusado que não poderia ser reconhecida, além do acórdão não ter analisado os benefícios decorrentes do não reconhecimento da dita agravante. Defesa que em suas razões só pleiteou a absolvição, se calando quanto à dosimetria da pena. Não há o que se falar em omissão suprável por embargos de declaração quando se trata de matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte. EMBARGOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS." (fl. 37)

No presente *writ*, sustenta a Defensoria Pública em síntese, que: a) "o juízo monocrático, deixando de observar a orientação desta Corte, utilizou as duas qualificadoras para exasperar a pena base do tipo já qualificado, quando deveria ter utilizado uma delas para configurar a forma qualificada e apenas a outra para exasperar a pena base desta forma qualificada, como circunstância judicial, agravando a pena base em 1/8 (um oitavo)"; b) "como se vê na sentença monocrática, confirmada pelo acórdão, ao reconhecer a reincidência, em razão da existência de anotação penal com trânsito em julgado em 11.06.2013, conforme esclarece a certidão acostada ao presente, e, por conseguinte, posterior ao delito aqui julgado, ocorrido em 29.08.2012. o acórdão manteve o equívoco incorrido pelo juízo monocrático, sob a alegação de que não houvera o devido prequestionamento nas razões de apelação"; c) "com o afastamento da reincidência, equivocadamente reconhecida pelas instâncias inferiores, e diante do valor da *res furtiva* - R\$ 100,00 (cem reais) - há de ser reconhecida a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 2º do artigo 155, cuja configuração pressupõe condições objetivas e distintas: primariedade do agente e pequeno valor do bem subtraído"; d) "a sentença monocrática e o acórdão que a confirmou integralmente não justificaram a fixação do regime fechado, imposto em uma pena que, mesmo com o reconhecimento equivocado da reincidência, permitiria ao menos o regime semiaberto" (e-STJ, fls. 1/12).

Postula a concessão da ordem para afastar a reincidência, reduzir o *quantum* de aumento para até 1/8 (um oitavo) em decorrência da circunstância judicial desfavorável, conceder o benefício penal do parágrafo 2º do artigo 155, fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fl. 45-50).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 78-86).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.218 - RJ (2015/0134006-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : DANIEL SILVA DE SOUZA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO EM RELAÇÃO À OCORRÊNCIA DO FATO APURADO. FURTO PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE COM QUALIFICADORAS OBJETIVAS. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. DETERMINAÇÃO DO BENEFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. REGIME INICIAL SEMIABERTO DEVIDO. PENA DEFINITIVA, NA PIOR DAS HIPÓTESES, INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS INDEVIDA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie.

2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a *"mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei"* (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. Na primeira fase da dosimetria da pena as instâncias inferiores atuaram com correção, pois foi apenas uma das qualificadoras que exasperaram a pena-base, conquanto tenha havido duplicidade de sentido na fundamentação da sentença, ao se referir às duas qualificadoras. A conclusão torna-se incontestada ao fazer incidir o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) sobre intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultaria no acréscimo de 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses. Por conseguinte, como a pena base foi fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

5. Da análise conjunta dos arts. 63 e 64 do Código Penal, extrai-se que a reincidência somente se configura se houver a prática de crime cometido no Brasil ou no exterior, salvo crime militar próprio ou político; o trânsito em julgado desse crime, tornando a condenação definitiva; e, por fim, a prática de novo crime, que será por ela agravado, se cometido dentro do período depurador de 5 anos da data do cumprimento ou extinção da pena, porquanto adotado no Brasil o sistema da temporariedade da reincidência.

6. No caso, há ilegalidade na consideração do crime antecedente como reincidente, pois ausente seu trânsito em julgado quando da conduta do crime em análise, não adimplindo, pois, os requisitos ensejadores da reincidência. Nos termos da jurisprudência desta Corte, ressalte-se, contudo, que seria plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa de maus antecedentes. Entrementes, em observância à regra *non reformatio in pejus*, não é possível, sem recurso do *dominus litis*, exasperar a pena-base com o antecedente equivocadamente considerado como reincidência. Por outro lado, impõe-se a desconSIDERAÇÃO da reincidência na dosimetria da pena, tornando-se definitiva a pena-base fixada pelas instâncias ordinária em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tendo em vista a ausência de causas de aumento ou diminuição a ser valoradas.

8. É assente a jurisprudência STJ, nos crimes em geral, a viabilidade de incidência do privilégio com o tipo qualificado, desde que as qualificadoras tenha caráter objetivo. Especificamente quanto ao furto, o Enunciado de Súmula 511 desta Corte é inequívoco quanto à subsunção legal ao privilégio do art. 155, § 2º, do CP do agente que executar a conduta do furto qualificado, desde que seja, ao menos, tecnicamente primário, o produto do crime seja de pequeno valor e a qualificadora seja objetiva. Por conseguinte, a única qualificadora que inviabiliza o benefício penal é a de abuso de confiança (CP, art. 155, § 4º, II, primeira parte).

9. As instâncias ordinárias sequer analisaram a questão, pois restou prejudicada com o reconhecimento da reincidência, cuja ausência é requisito para a concessão do benefício. Constatou-se que as qualificadoras do tipo são indiscutivelmente objetivas, consistentes na escalada e no concurso de pessoas. Ademais, constatou-se supra a primariedade técnica do paciente e a *res furtivae* insere-se na categoria de pequeno valor, porquanto inferior ao salário mínimo. Por conseguinte, de rigor a concessão do privilégio ao paciente pelo Juízo de 1º grau para sanar *error in iudicando* das instâncias inferiores.

10. Malgrado pendência da aplicação concreta do benefício penal do art. 155, § 2º, do Código Penal pelas instâncias inferiores, da correção das ilegalidades observadas na dosimetria da pena, observa-se que a pena definitiva, na pior das hipóteses, estabelecer-se-á em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Nesse diapasão, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º do Código Penal, tendo em vista a existência de circunstância judicial desfavorável ao réu, devida é a fixação do regime inicial de cumprimento da pena semiaberto.

11. Incabível substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, porquanto inadimplidos um dos requisitos do art. 44, do Código Penal: o crime é doloso, cuja pena aplicada é inferior a 4 anos; o paciente é tecnicamente primário; porém, há circunstância judicial desabonadora.

12. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo de 1º grau proceda ao redimensionamento da pena imposta, com a aplicação do privilégio do § 2º do art. 155 do CP, como entender de direito, e estabelecer o regime inicial semiaberto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para análise dos capítulos da dosimetria impugnados, faz necessário inicialmente expor excertos da sentença condenatória e acórdão confirmatórios, respectivamente:

"Na primeira fase, verifico que o réu não pode ser considerado possuidor de maus antecedentes e as consequências do delito não desfavorecem o acusado. Contudo, há circunstância judicial desfavorável ante a presença de duas qualificadoras, pelo que fixo a pena base em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, não há a presença de circunstâncias atenuantes, mas presente a agravante de reincidência (fls. 129/135), com fulcro no art. 61, I, do CP, motivo pelo qual fixo a pena em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição da pena, torno definitiva a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, a ser calculada no mínimo legal.

O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade do réu será o fechado.

Não há que se falar em substituição da pena ou concessão do sursis (art. 44 e 77 do CP), por não estarem presentes os requisitos objetivos exigidos, uma vez que o réu é reincidente." (e-STJ, fl. 26)

"Certo é que o delito de furto, além da conduta, reclama que seja demonstrado o dano sofrido pelo bem juridicamente tutelado, pois, sem esse dano o comportamento torna-se penalmente irrelevante. Sob esse parâmetro, é possível afirmar que a norma penal que pune o delito em comento se escuda nas máximas da adequação e da necessidade, vindo a resguardar o patrimônio de forma minimamente satisfatória.

No caso concreto, a lesividade ao bem jurídico não poder ser taxado como inexpressiva - R\$ 100,00, levando-se em consideração a realidade econômica do pequeno Município de Santo Antônio de Pádua e as condições financeiras da lesada, uma senhora aposentada.

Frise-se ainda que o crime foi praticado mediante escalada e rompimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obstáculo, ou seja, furto na sua forma qualificada, de maneira que a reprovabilidade da conduta revela-se exacerbada.

De fato, o legislador, ao criar um tipo penal básico e um qualificado, quis imprimir maior gravidade a este último, tanto que exacerbou sua punição.

Portanto, ao lado da simples subtração de coisa alheia móvel, onde se estabeleceu determinada sanção penal, entendeu por bem este mesmo legislador que, em determinados casos, a conduta do agente se reveste de um cunho de maior gravidade, no que impingiu um especial aumento da pena, em razão da demonstração de um maior grau de reprovabilidade da conduta, in casu, expresso através do rompimento de obstáculo e da escalada.

Logo, não há o que se falar em reconhecer a insignificância em um furto na sua forma qualificada.

[...]

Por fim, verifica-se que o d. magistrado fixou o regime fechado, por óbvio, extremamente gravoso, para o cumprimento da pena de 2 anos, 8 meses e 10 dias imposta ao apelante.

Entretanto, em que pese o quantum da pena autorizar a aplicação de um regime mais brando, deixo de reconhecê-lo de ofício, face às circunstâncias judiciais extremamente desfavoráveis ao acusado, uma vez que possui várias anotações em sua FAC, todas por furto, sendo uma ostentando condenação, sem olvidar que, beneficiado pela revogação de sua prisão preventiva, o réu não compareceu ao Juízo quando intimado, sendo considerado revel, o que demonstra seu desrespeito e descaso com o poder judiciário." (fls. 30/32)

Primeiramente, irresigna-se a Defensoria com utilização as duas qualificadoras para exasperar a pena-base do tipo já qualificado, quando deveria ter utilizado uma delas para configurar a forma qualificada e apenas a outra para exasperar a pena-base.

O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

A respeito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

5. As circunstâncias e consequências do delito foram graves, valendo anotar que já decidiu esta Corte que presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base (REsp. 1.395.088/RS, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJ 2/2/2016).

6. Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são favoráveis.

7. Habeas Corpus não conhecido." (HC 349.050/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVAE DE VALOR SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. REGISTRO DE TRÊS CONDENAÇÕES ANTERIORES, TRANSITADAS EM JULGADO, POR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESPECIFICIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA. VALIDADE DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

5. Presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base. Precedentes.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1395088/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

Na primeira fase da dosimetria da pena as instâncias inferiores atuaram com correção, pois foi apenas uma das qualificadoras que exasperaram a pena-base, conquanto tenha havido duplicidade de sentido na fundamentação da sentença, ao se referir às duas qualificadoras. A conclusão torna-se incontestável ao fazer incidir o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) sobre intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos), resultaria no acréscimo de 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses. Por conseguinte, como a pena base foi fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

Contesta a agravante de reincidência em razão da existência de anotação penal com trânsito em julgado em 11.06.2013, por conseguinte, posterior à ocorrência do crime em questão, em 29.08.2012.

Da análise conjunta dos arts. 63 e 64 do Código Penal, extrai-se que a reincidência somente se configura se, sucessivamente, houver a prática de crime cometido no Brasil ou no exterior, salvo crime militar próprio ou político; o trânsito em julgado desse crime, tornando a condenação definitiva; e, por fim, a prática de novo crime, que será por ela agravado, se cometido dentro do período depurador de 5 anos da data do cumprimento ou extinção da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto adotado no Brasil o sistema da temporariedade da reincidência.

Confira-se:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. FURTO TENTADO. PRATICADO MEDIANTE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RES FURTIVA AVALIADA EM MAIS DE 50% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA. DANO OCASIONADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO QUE SE SOMA AO VALOR DO BEM SUBTRAÍDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRIVILEGIADORA. APESAR DE CONSTATADA A PRIMARIEDADE DO PACIENTE, O BEM NÃO É DE PEQUENO VALOR. TENTATIVA. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO. LONGO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. DESCONSTITUIÇÃO QUE DEMANDARIA O REVOLVIMENTO DE PROVAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OPORTUNIZADO À DEFESA MOMENTO PARA DISCUTIR O VALOR DO DANO E DA REPARAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NÃO APRESENTADAS PROVAS. ALEGAÇÃO DO TRIBUNAL NÃO REBATIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 4. Entende esta Corte que a condenação definitiva por fato anterior ao imputado na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, não serve à configuração da reincidência. Neste contexto, a condenação do paciente, com trânsito em julgado posterior ao cometimento do fato delituoso, não se presta para afastar o privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, sob o fundamento da reincidência. [...]" (HC 247.369/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO COM AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...] 3. Para o reconhecimento da reincidência são necessários os seguintes pré-requisitos: a) a condenação, por crime, com trânsito em julgado anterior à prática do novo delito; b) não superação do prazo de cinco anos entre a data do cumprimento da pena relativa ao crime anterior, ou a declaração de extinção de sua punibilidade; e c) prática do novo delito. Reincidência não reconhecida.

4. Agravo regimental não provido. Provimento alterado para fixar a nova pena." (AgRg no REsp 1567351/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

No caso, há ilegalidade na consideração do crime antecedente como reincidente, pois ausente seu trânsito em julgado quando da conduta do crime em análise, não adimplindo, pois, os requisitos ensejadores da reincidência. Nos termos da jurisprudência desta Corte, ressalte-se, contudo, que seria plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa de maus antecedentes.

A respeito:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS À ESPÉCIE. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO GERADORA DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA EM FACE DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. LESÕES CORPORAIS, NECESSIDADE DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS E DEBILIDADE PERMANENTE. DECORRÊNCIAS USUAIS E ÍNSITAS AO DELITO DE HOMICÍDIO DOLOSO TENTADO. REDUÇÃO ÍNFIMA PELAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONSTATADA. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. Mostra-se legítima a valoração negativa dos antecedentes do réu com base na existência de condenação definitiva em seu desfavor, não obstante sua primariedade.

4. O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.

5. Anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa de nenhuma das circunstâncias judiciais. Inteligência da Súmula 444/STJ. [...] (HC 171.212/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. USO DE PROCESSOS REFERENTES A FATOS POSTERIORES AO DO CASO EM TELA E COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL A SER ANALISADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a prescrição da pretensão punitiva extingue os efeitos da condenação, motivo pelo qual não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracteriza reincidência ou maus antecedentes.

- Processos com condenações definitivas, mas relativos a fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser usados para agravar a pena-base, seja como maus antecedentes ou como personalidade negativa do agente. [...] (HC 338.975/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR ÀQUELE NARRADO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] III - Condenações, com ou sem o trânsito em julgado, por fatos posteriores ao que está em apuração não servem para a caracterização de maus antecedentes, não sendo possível a sua valoração na dosimetria da pena (precedentes do STJ).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente." (HC 321.550/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 26/11/2015)

Entrementes, em observância à regra *non reformatio in pejus*, não é possível, sem recurso do *dominus litis*, exasperar a pena-base com o antecedente equivocadamente considerado como reincidência. Por outro lado, impõe-se a desconsideração da reincidência na dosimetria da pena, tornando-se definitiva a pena-base fixada pelas instâncias ordinária em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tendo em vista a ausência de causas de aumento ou diminuição a ser valoradas.

Pleiteia também o reconhecimento a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 2º do artigo 155, ante a desconsideração da reincidência.

O art. 155, § 2º, do Código Penal estabelece que:

"Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...]

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa."

É assente a jurisprudência STJ, nos crimes em geral, a viabilidade de incidência do privilégio com o tipo qualificado, desde que as qualificadoras tenham caráter objetivo. Especificamente quanto ao furto, o Enunciado de Súmula 511 desta Corte é inequívoco quanto à subsunção legal ao privilégio do art. 155, § 2º, do CP do agente que executar a conduta do furto qualificado, desde que seja, ao menos, tecnicamente primário, o produto do crime seja de pequeno valor e a qualificadora seja objetiva. Por conseguinte, a única qualificadora que inviabiliza o benefício penal é a de abuso de confiança (CP, art. 155, § 4º, II, primeira parte).

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE NECESSÁRIOS AO EXAME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO MÉRITO RECURSAL ATENDIDOS. ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. FURTO PRIVILEGIADO. ACUSADO PRIMÁRIO E RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR.

1. Havendo indicação expressa nas razões do recurso especial acerca do dispositivo de lei supostamente violado, assim como apresentado fundamentação suficiente para a compreensão da controvérsia, não há que se falar em óbice ao conhecimento do apelo extremo.

2. Conforme o entendimento deste Superior Tribunal, se o valor da res subtraída não excede a importância correspondente ao salário mínimo vigente à época dos fatos e o agente é primário, mostra-se possível o reconhecimento do furto privilegiado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1447688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. LAUDO PERICIAL EXTEMPORÂNEO. UM ANO E SEIS MESES APÓS A DATA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO. RES FURTIVA. VALOR INFERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO. REQUISITOS PREENCHIDOS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não há como considerar o laudo pericial realizado - um ano e meio após a prática do crime em apreço - para caracterizar, na hipótese, a qualificadora de rompimento de obstáculo, eis que temerário depreender que o dano encontrado pelo perito refere-se ao ocorrido tanto tempo depois. Esclareça-se que não há qualquer justificativa para a elaboração tardia do laudo, que é prova pericial e, portanto, deve ser contemporânea aos fatos.

3. Para a concessão do benefício do privilégio no crime de furto exige-se a primariedade do agente, bem como seja a *res furtiva* de pequeno valor, ou seja, a importância do bem não deve ultrapassar um salário mínimo. Preenchidos os requisitos legais, e considerando as circunstâncias do crime (furto de vários objetos avaliados em 90% do salário mínimo à época dos fatos), de rigor, a aplicação da causa de diminuição de pena na fração de 1/3 (um terço).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de aplicar o benefício previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, e por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa, devendo o Juiz da execução ajustar o novo quantum de pena às medidas restritivas de direito aplicadas." (HC 339.616/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO PRIVILEGIADO. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. PRIMARIEDADE DO AGENTE E PEQUENO VALOR DA COISA. DEFERIMENTO. REVALORAÇÃO DOS FATOS EXPOSTOS NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO IMPUGNADO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ENUNCIADO SUMULAR N. 87 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo entendimento reiterado desta Corte, o reconhecimento do privilégio legal é um direito subjetivo do réu, cujo deferimento exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa furtada, que deve ter como parâmetro o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.

2. Certificada a primariedade do ora recorrido e avaliada a *res furtiva* em R\$ 110,00 (referentes a dois casacos), montante este bem inferior ao salário mínimo vigente na data do crime (R\$ 510,00), é de rigor o reconhecimento do furto na forma do art. 155, § 2º, do Código Penal.

3. O fato de o recorrido ser tido 'por populares como furtador' não impede a aplicação do mencionado benefício, sob pena de ofensa ao art. 5º, LVII, da CF.

4. A reavaliação dos fatos minuciosamente expostos no acórdão proferido pelo Tribunal estadual, conforme amplamente acolhido pelos Tribunais Superiores, não se confunde com óbice existente na Súmula n. 7 desta Corte.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1486001/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015).

As instâncias ordinárias sequer analisaram a questão, pois restou prejudicada com o reconhecimento da reincidência, cuja ausência é requisito para a concessão do benefício.

Constata-se que as qualificadoras do tipo são indiscutivelmente objetivas, consistentes na escalada e no concurso de pessoas. Ademais, constatou-se supra a primariedade técnica do paciente e a *res furtivae* insere-se na categoria de pequeno valor, porquanto inferior ao salário mínimo. Por conseguinte, de rigor a concessão do privilégio ao paciente pelo Juízo de 1º grau, para sanar *error in iudicando* das instâncias inferiores.

Por fim, pretende ainda a revisão dos capítulos da fixação do regime inicial do cumprimento da pena e eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Malgrado pendência da aplicação concreta do benefício penal do art. 155, § 2º, do Código Penal pelas instâncias inferiores, da correção das ilegalidades observadas na dosimetria da pena, observa-se que a pena definitiva, na pior das hipóteses, estabelecer-se-á em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Nesse diapasão, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º do Código Penal, tendo em vista a existência de circunstância judicial desfavorável ao réu, devida é a fixação do regime inicial de cumprimento da pena semiaberto.

Incabível substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, porquanto inadimplidos um dos requisitos do art. 44, do Código Penal: o crime é doloso, cuja pena aplicada é inferior a 4 anos; o paciente é tecnicamente primário; porém, há circunstância judicial desabonadora.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** ordem, de ofício, para determinar que o Juízo de 1º grau proceda ao redimensionamento da pena imposta, com a aplicação do privilégio do § 2º do art. 155 do CP, como entender de direito, e estabelecer o regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0134006-8

HC 326.218 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045783120128190001 00045783120218190050 45783120128190001
45783120218190050

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: DANIEL SILVA DE SOUZA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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