



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 765956 - SP (2022/0265504-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : LUCAS BATISTA LACERDA
ADVOGADO : LUCAS BATISTA LACERDA - SP420641
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL DE SOUZA SILVA (PRESO)
CORRÉU : NATHAN LUIZ SILVA RODRIGUES
CORRÉU : LUIS CLEILSON SILVA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÃO PENAL EM CURSO NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO INDICATIVO DE PERSONALIDADE DETURPADA. AGRAVANTE DE CALAMIDADE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PRÁTICA DO CRIME. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO DIANTE DA REINCIDÊNCIA. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que manteve a condenação do paciente à pena de 2 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime fechado, por furto qualificado, com agravante de calamidade pública.

2. A defesa alega constrangimento ilegal pela fixação de regime fechado e pela não concessão de sursis ou pena restritiva de direitos, além de tratamento jurídico-penal mais favorável ao corréu.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se o regime inicial fechado e a agravante de calamidade pública foram aplicados corretamente e se a personalidade do agente foi negatizada sem elementos concretos, influenciando a dosimetria da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A jurisprudência desta Corte não admite habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

5. A personalidade do agente não pode ser negativada com base em inquéritos ou ações penais em andamento, conforme Súmula 444/STJ.

6. A agravante de calamidade pública requer demonstração de como o contexto influenciou individualmente o comportamento do agente, o que não ocorreu no caso.

7. A reincidência permite fixação de regime inicial mais gravoso, consoante a jurisprudência desta Corte.

IV. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR A PENA EM 2 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, MAIS 11 DIAS-MULTA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 07 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 765956 - SP (2022/0265504-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : LUCAS BATISTA LACERDA
ADVOGADO : LUCAS BATISTA LACERDA - SP420641
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL DE SOUZA SILVA (PRESO)
CORRÉU : NATHAN LUIZ SILVA RODRIGUES
CORRÉU : LUIS CLEILSON SILVA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÃO PENAL EM CURSO NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO INDICATIVO DE PERSONALIDADE DETURPADA. AGRAVANTE DE CALAMIDADE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PRÁTICA DO CRIME. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO DIANTE DA REINCIDÊNCIA. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que manteve a condenação do paciente à pena de 2 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime fechado, por furto qualificado, com agravante de calamidade pública.

2. A defesa alega constrangimento ilegal pela fixação de regime fechado e pela não concessão de sursis ou pena restritiva de direitos, além de tratamento jurídico-penal mais favorável ao corréu.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se o regime inicial fechado e a agravante de calamidade pública foram aplicados corretamente e se a personalidade do agente foi negatizada sem elementos concretos, influenciando a dosimetria da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A jurisprudência desta Corte não admite habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

5. A personalidade do agente não pode ser negativada com base em inquéritos ou ações penais em andamento, conforme Súmula 444/STJ.

6. A agravante de calamidade pública requer demonstração de como o contexto influenciou individualmente o comportamento do agente, o que não ocorreu no caso.

7. A reincidência permite fixação de regime inicial mais gravoso, consoante a jurisprudência desta Corte.

IV. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR A PENA EM 2 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, MAIS 11 DIAS-MULTA.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ fls. 434/435).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no art. 155, §4º, IV, c/c art. 61, II, j, do CP. Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso.

A defesa aponta constrangimento ilegal, pois a Corte originária “deixou de conceder sursis ou pena restritiva de direitos em razão de ter considerado as circunstâncias judiciais dos pacientes desfavoráveis, fixando, ainda, regime fechado” (e-STJ fl. 4).

Argumenta que o corréu obteve situação jurídico-penal mais favorável do que o paciente, apesar de estarem em situações similares.

Requer, a concessão da ordem para que seja fixado o regime semiaberto.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício" (AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes" (AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...) (HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

No que tange a alegação da defesa, assim entendeu o Tribunal de origem (e-STJ, fls. 16/21):

As penas devem ser readequadas em obediência à decisão proferida pelo Colendo STJ, nos autos do HABEAS CORPUS Nº 721866/SP, impetrado pelo apelante Nathan (fls. 325/328).

[...]

Gabriel, da mesma forma, possui má personalidade, eis que já havia sido preso pela prática do mesmo crime e voltou a delinquir, o que justificou o mesmo aumento pela sua má personalidade.

Importante mencionar, neste ponto, que basta a presença de uma circunstância judicial desfavorável para que a pena-base se distancie do mínimo, e, in casu, o quantum fixado foi proporcional e razoável levando-se as nuances do caso específico e das condições pessoais do agente, conforme avaliação do Juízo. Ademais, a fixação da pena-base é ato de discricionariedade vinculada ao limite estabelecido pelo legislador, observada a análise das circunstâncias judiciais, por meio

do livre convencimento motivado.

[...]

Na segunda fase, a agravante da calamidade pública deve ser mantida, eis que o crime foi praticado durante a vigência da gravíssima pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19).

A prática de crime em cenário no qual toda a população passa por privações e incertezas em meio a diversas recomendações de recolhimento domiciliar e restrição de atividades de toda ordem é ainda mais reprovável e merece resposta penal diferenciada.

Quanto ao ponto: “As circunstâncias agravantes genéricas são de caráter pessoal ou subjetivas, quanto: a) ao móbil do injusto ou à finalidade de agir (v.g.: motivo fútil ou torpe para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação ou impunidade ou vantagem de outro injusto, ou por motivo de lucro); b) a qualidade ou condição pessoal do agente (embriaguez preordenada, com abuso do poder ou abuso de autoridade); c) quanto às relações do autor do ato com o sujeito passivo ou com os outros partícipes (parentesco, relações domésticas, de coabitação, ou hospitalidade; promovendo, organizando a cooperação ou dirigindo a atividade criminosa; instigando, coagindo a execução delitiva). Já as circunstâncias agravantes genéricas são de caráter objetivo, quanto: a) aos meios e modos de execução (traição, emboscada, dissimulação, emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura); ao tempo e lugar (por ocasião de incêndio, naufrágio, calamidade pública); c) à pessoa ou à condição da vítima (criança, velho, enfermo, pessoa sob estado de desgraça particular, ou pessoa sob imediata proteção da autoridade. (página 405, Direito Penal, Parte Geral, volume 3, 7ª edição, Álvaro Mayrink da Costa);

O agente não cria, como na letra d, mas aproveita os efeitos da calamidade pública (além dos exemplos legais: seca, epidemia, guerra, extrema e geral carestia da vida, invasão armada, insurreição, certas greves, etc.) que, por natureza, atinge a coletividade, ou de calamidade particular (acidente, falência, infortúnios domésticos e pessoais em geral, etc.). Em todos os casos, a maior periculosidade define-se pela falta dos requisitos primários da solidariedade humana, pela completa ausência de senso moral. O agente não só desatende a imperativos éticos rudimentares, como não se detém diante dos supremos espetáculos da dor e do perigo, e ainda encontra neles sugestões e estímulos para aumentar a aflição dos aflitos. (página 299, Comentários ao Código Penal, volume 2, 2ª edição, Roberto Lyra);

Assim, como esta Relatoria já teve oportunidade ressaltar em outra oportunidades, a lei não estabelece nenhuma outra condição para a incidência da agravante do art. 61, II, j, do Código Penal que não a simples prática do delito em ocasião de calamidade pública. Sendo certa tal situação, juridicamente declarada, na época dos fatos, não há necessidade de se demonstrar sua relevância para a prática do delito, uma vez que ela se presume pelo próprio cenário estabelecido.

Com efeito, a pandemia de Covid-19 afetou todo o planeta, gerando uma séria crise econômica e a necessidade de concentração de esforços do Estado em seu combate. Isso sem mencionar a questão de saúde pública, que justificou a imposição de limitações aos direitos individuais e até determinações de recolhimento domiciliar.

Durante esse período o efetivo policial se apresentou reduzido e as baixas por contaminação tornaram o momento propício à intensificação da prática de crimes por conta da menor fiscalização por parte das autoridades.

Assim, o caso é de imposição de um incremento nas penas dos a

cusados pela referida agravante, na segunda etapa.

[...]

Gabriel, é reincidente e considerando a agravante da reincidência e da calamidade pública, justificou-se o aumento da reprimenda em um quinto, fixando-a em 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Tal fração é razoável, diante as duas circunstâncias negativas.

[...]

Com relação ao pleito de abrandamento do regime prisional para o réu Gabriel, a despeito do montante fixado, o qual se insere nos limites aludidos no art. 33 do Código Penal, entendo que suas condições subjetivas impedem a fixação de regime menos gravoso do que o fechado. Ele é reincidente e contra ele há circunstância judicial desfavorável o que autoriza a fixação do regime fechado.

De análise da decisão colacionada, verifica-se que assiste razão a defesa.

Primeiramente, conforme mencionado pelo Ministério Público Federal, é o caso de concessão da ordem de ofício no que tange à fixação da pena-base, tendo em vista que a vetorial personalidade do agente foi negativada sem qualquer elemento concreto que assegurasse ser o paciente detentor de personalidade deturpada. Na verdade, o Tribunal de origem fundamentou a acréscimo em razão de anterior prática delitiva.

Contudo, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que "considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção da não culpabilidade, nos termos da Súmula 444/STJ (É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base)" (AgRg no REsp n. 1.984.392/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.).

Além disso, "nos termos do entendimento firmado nesta Corte, mesmo 'as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, afastando a valoração negativa da conduta social e da personalidade do réu, na primeira fase da dosimetria da pena' " (AgRg no HC 626.522/PE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 09/02/2021).

Ainda de ofício, entendo que o Tribunal de origem deixou de seguir a jurisprudência atual 5ª Turma desta Corte, no sentido de que se deve demonstrar

como referido quadro fático (Calamidade Pública - COVID-19) influenciou de forma individualizada no comportamento do agente, sem soar como aplicação genérica e abstrata no fator dosimétrico, o que não ocorreu no caso em apreço, senão vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MERA REITERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 182, STJ. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE CALAMIDADE PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PRÁTICA DO CRIME. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA APLICADAS EM CUMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. I - Uma vez que insuficientes as assertivas genericamente apresentadas de que todos os requisitos de admissibilidade foram preenchidos ou a mera reiteração da controvérsia, tem aplicabilidade o disposto na Súmula n. 182, STJ, segundo a qual, "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. II - Conforme jurisprudência desta Corte, a circunstância agravante prevista no art. 61, II, "j", não pode ser reconhecida quando os fatos discutidos nos autos não guardarem relação com o estado de exceção decorrente da pandemia do Covid-19. Precedentes. III - Considerar o contexto da pandemia COVID-19 como circunstância agravante sem que se demonstre como referido quadro fático influenciou de forma individualizada no comportamento do agente, soa como aplicação genérica e abstrata de referido fator dosimétrico. IV - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique quando da escolha da cumulação das causas de aumento. V - Forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o cúmulo de causas de aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, uma vez que ausente a demonstração das peculiaridades do caso em comento. Agravo regimental não conhecido. Concedido habeas corpus de ofício. (AgRg no AREsp n. 2.417.007 / SP, relator Ministro Messod Azulay, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 7/6/2024.) (Grifo acrescido)

Passa-se à dosimetria.

Na primeira fase, fica afastada a valoração da personalidade e, ausentes demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no mínimo legal. Na segunda fase, permanece somente o aumento de 1/6 relativo à reincidência, o que eleva a pena para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa. Ausentes causas de aumento ou de diminuição, esta pena torna-se definitiva.

Por fim, com a fixação da pena-base no mínimo legal e a agravante da reincidência, fixa-se o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§2º e 3º, do CP.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, **concedo a ordem de ofício**, para fixar a pena do paciente em 2 anos e 4 meses de reclusão, no

regime semiaberto, mais o pagamento de 11 dias-multa.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0265504-9

HC 765.956 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15237857720218260228 22680882021

EM MESA

JULGADO: 05/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCAS BATISTA LACERDA
ADVOGADO : LUCAS BATISTA LACERDA - SP420641
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL DE SOUZA SILVA (PRESO)
CORRÉU : NATHAN LUIZ SILVA RODRIGUES
CORRÉU : LUIS CLEILSON SILVA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.