SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 768520 - SP (2022/0279144-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIEL LAPOLLA (PRESO)
PROCURADOR	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCIANO GOLDONI (PRESO)
ADVOGADO	:	AKIRA CHIARELLI KOBAYASHI - SP330377
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE: MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO TEMPORAL PELO LEGISLADOR. SEGUNDA FASE: ATENUANTE DA CONFISSÃO QUALIFICADA. NECESSIDADE DE COMPENSAÇÃO PARCIAL COM AS MÚLTIPLAS REINCIDÊNCIAS. ATENUANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA E A PRÁTICA DO CRIME. TERCEIRA FASE: REPOUSO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTEO. ENTENDIMENTO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO À ÉPOCA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. TENTATIVA: NÃO CONFIGURADA. INVERSÃO DA *RES*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A SANÇÃO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado, questionando a dosimetria.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se houve ilegalidade na fixação da pena, nas três fases dosimétricas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. As condenações alcançadas pelo período depurador podem configurar maus antecedentes, segundo a jurisprudência desta Corte. O legislador não limitou temporalmente a configuração

Documento eletrônico VDA44911013 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:50:21
Publicação no DJEN/CNJ de 17/12/2024. Código de Controle do Documento: 07323087-31c3-4e10-b491-654a62d8ad1e

dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

5. O réu fará jus à atenuante do art. 65, III, *d*, do CP, quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada, devendo ser compensada proporcionalmente, em razão da multirreincidência.

6. A incidência da agravante da calamidade pública pressupõe a existência de situação concreta, a qual demonstre que o paciente se prevaleceu da pandemia para a prática do crime, sob pena de responsabilização objetiva do agente, o que não se verificou na espécie.

7. A tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.087 não pode retroagir para alcançar fatos praticados anteriormente ao referido entendimento, pois precedentes judiciais não tem efeitos retroativos. No caso, ao tempo do julgamento do recurso de apelação havia consenso entre as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior sobre a compatibilidade da majorante do repouso noturno ao furto qualificado.

8. Consuma-se o crime de furto com a posse da *res* furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (Tema Repetitivo n. 934).

IV. Dispositivo

Habeas corpus não conhecido. Ordem conhecida de ofício para redimensionar as sanções de ambos os pacientes.

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, 12 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44911013 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:50:21
Publicação no DJEN/CNJ de 17/12/2024. Código de Controle do Documento: 07323087-31c3-4e10-b491-654a62d8ad1e

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 768520 - SP (2022/0279144-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIEL LAPOLLA (PRESO)
PROCURADOR	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCIANO GOLDONI (PRESO)
ADVOGADO	:	AKIRA CHIARELLI KOBAYASHI - SP330377
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE: MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO TEMPORAL PELO LEGISLADOR. SEGUNDA FASE: ATENUANTE DA CONFISSÃO QUALIFICADA. NECESSIDADE DE COMPENSAÇÃO PARCIAL COM AS MÚLTIPLAS REINCIDÊNCIAS. ATENUANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA E A PRÁTICA DO CRIME. TERCEIRA FASE: REPOUSO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTEO. ENTENDIMENTO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO À ÉPOCA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. TENTATIVA: NÃO CONFIGURADA. INVERSÃO DA *RES*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A SANÇÃO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado, questionando a dosimetria.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se houve ilegalidade na fixação da pena, nas três fases dosimétricas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. As condenações alcançadas pelo período depurador podem configurar maus antecedentes, segundo a jurisprudência desta Corte. O legislador não limitou temporalmente a configuração

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.
5. O réu fará jus à atenuante do art. 65, III, *d*, do CP, quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada, devendo ser compensada proporcionalmente, em razão da multirreincidência.
6. A incidência da agravante da calamidade pública pressupõe a existência de situação concreta, a qual demonstre que o paciente se prevaleceu da pandemia para a prática do crime, sob pena de responsabilização objetiva do agente, o que não se verificou na espécie.
7. A tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.087 não pode retroagir para alcançar fatos praticados anteriormente ao referido entendimento, pois precedentes judiciais não tem efeitos retroativos. No caso, ao tempo do julgamento do recurso de apelação havia consenso entre as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior sobre a compatibilidade da majorante do repouso noturno ao furto qualificado.
8. Consuma-se o crime de furto com a posse da *res* furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (Tema Repetitivo n. 934).
IV. Dispositivo
Habeas corpus não conhecido. Ordem conhecida de ofício para redimensionar as sanções de ambos os pacientes.

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 relatório de fls. 111-112:

> *"Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de DANIEL LAPOLLA e LUCIANO GOLDONI contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal n. 1500297-50.2021.8.26.0598).*
>
> *Depreende-se dos autos que Daniel foi condenado à pena de 4 anos, 4 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 20 dias-multa, e Luciano à reprimenda de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 21 dias-multa, como incursos nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, IV, do Código Penal.*
>
> *A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal na*

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

dosimetria da reprimenda imposta a Luciano, pois a fração de aumento de 2/3 aplicada em razão da agravante da reincidência é desproporcional e deve se limitar ao patamar de 1/6 sobre a pena-base.

Alega a ausência de fundamentação suficiente a justificar a elevação da pena-base de Daniel pelos maus antecedentes, porquanto condenações anteriores extintas há mais de cinco anos não podem ser consideradas para majoração da reprimenda, sendo devido o afastamento do aumento.

Defende, quanto ao paciente Daniel, a possibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Alega que deveria ser reconhecida a tentativa, porquanto os pacientes não teriam tido a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos, que foram, inclusive, devolvidos em sua integralidade à vítima.

Afirma que a agravante relativa à calamidade pública não tem aplicação à espécie, porque os réus não se valeram das circunstâncias da pandemia de COVID-19 para a prática delitiva.

Aduz que os condenados fazem jus ao afastamento da majorante do repouso noturno e ao abrandamento do regime prisional.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para o redimensionamento da fração de aumento pela reincidência do paciente Luciano para 1/6; quanto ao réu Daniel, a fixação da pena-base no mínimo legal e a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência; e, para ambos, o reconhecimento da tentativa, o afastamento da agravante da calamidade pública e da majorante do repouso noturno, bem como a fixação de regime inicial diverso do fechado.

A defesa alega, em síntese, a ocorrência de erro na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a redução da pena aplicada ao paciente.

Liminar indeferida (fls. 111-114).

Informações prestadas (fls. 124-195).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (fls. 197-203).

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

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

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.

Inviável, portanto, o conhecimento do *writ* em análise, porquanto manejado como substitutivo de revisão criminal.

No entanto, cabe conceder a ordem, de ofício, diante da flagrante ilegalidade do ato impugnado, na medida em que o acórdão assim se manifestou acerca das teses defensivas:

> *No que concerne à dosimetria das penas, não há reparos a fazer.*
>
> *Para **Daniel**, no primeiro momento a pena foi adequadamente estabelecida em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, **em razão do mau antecedente também pela prática de crime contra o patrimônio (furto qualificado, autos 002099-27.2011.8.26.0302, fl. 203)**, no segundo momento, tendo em vista **a atenuante da confissão e as agravantes da reincidência específica (autos 0006205-***

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

80.2009.8.26. 0050, fl. 202; 0030215-28.2008.8.26.0050, fl. 202; 0000129-79.2017.8.26.0302, fl. 203 e 0007059-84.2015.8.26.0302, fl. 204) e da calamidade pública (artigo 61, II, "j", do Código Penal), a pena foi proporcionalmente majorada em 2/5 (dois quintos)*, enquanto no terceiro momento aumentada de 1/3 (um terço), por força da causa de aumento do repouso noturno, pelo que foi tornada definitiva em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 08 (oito) dias de reclusão.*

E, apenas para que não fique sem registro, tendo em vista a alegação defensiva de que o d. Magistrado utilizou condenação relativa a fatos ocorridos "há mais de dez anos" (sic) para exasperação da pena-base, não se pode olvidar que o período depurador de 5 (cinco) anos afasta apenas a reincidência, não tendo o condão de inibir o mau antecedente.

[...]

Obedecendo aos mesmos critérios acima explicitados, a pena pecuniária totalizou 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto a ***Luciano****, no primeiro momento, a pena foi fixada no patamar mínimo, no segundo momento,* ***presentes as agravantes da reincidência específica (autos 0000291-59.2017.8.26.0598- fl. 206, 0001734-70.2011.8.26.0302- fl. 206, 0007160-19.2018.8.26.0302- fl. 207, 0015692-65.2007.8.26.0302- fl. 208, 0006099-44.2019.8.26.0026- fl. 209 e 0011209-58.2018.8.26.0026, fl. 210)*** *e da calamidade pública (artigo 61, II, "j", do Código Penal), adequadamente exasperada em 2/3 (dois terços), enquanto no terceiro momento, diante da causa de aumento do repouso noturno, elevada de 1/3 (um terço), pelo que foi tornada definitiva em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 08 (oito) dias de reclusão.*

Diversamente do alegado pela defesa, não era mesmo o caso de se reconhecer a atenuante da confissão espontânea em favor de Luciano, porquanto meramente parcial, registrando-se que, conforme consignado na r. sentença, "Luciano, embora tenha admitido a subtração, tentou justificar a sua conduta alegando que estava pegando objetos recicláveis, mas a natureza dos objetos, o estado deles (novos- vide pag, 58) e o local do armazenamento não permitia tal conclusão" (sic), não demonstrando, portanto, o sincero arrependimento necessário para o reconhecimento do favor legal.

[...]

Obedecendo aos mesmos critérios acima explicitados, a pena pecuniária totalizou 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário mínimo.

De se ressaltar, ainda, que a reincidência específica, em razão da maior reprovabilidade da conduta - tendo em vista a reiteração criminosa do agente - merece repreensão mais severa, pelo que não há falar em modificação do quantum adotado pelo magistrado de primeiro grau.

No mais, no que tange ao reconhecimento da agravante pelo fato de o crime ter sido cometido durante período de calamidade pública, frise-se que o Código Penal, ao estabelecer a agravante prevista em seu artigo 61, inciso II, "j", não exigiu que a situação de calamidade pública favoreça de qualquer forma a prática do crime, bastando apenas que a infração penal seja cometida durante o período de calamidade.

[...]

Quanto ao regime inicial de cumprimento das penas, mantém-se o fechado tanto para Daniel quanto para Luciano, em razão da

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

circunstância judicial desfavorável (mau antecedente) do primeiro e da reincidência específica de ambos, como bem apontado pela douta Magistrada de primeira instância."

A dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior. Somente em casos de evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

In casu, as instâncias de origem bem exararam as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente DANIEL LAPOLLA, elencando os seus maus antecedentes criminais, fatores que justificam a exasperação da pena-base. As condenações alcançadas pelo período depurador podem configurar maus antecedentes, segundo a jurisprudência desta Corte, pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

Nesse sentido, o art. 64, I, do Código Penal (CP) dispõe que, para efeito de reincidência "não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação". Tais condenações, no entanto, podem configurar maus antecedentes e, assim, justificar o aumento da pena-base, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte (AgRg no HC n. 883.042/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 11/9/2024.)

No tocante ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, *in casu*, não há desproporção no aumento da pena-base, uma vez que há motivação particularizada, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem pleiteada.

A propósito, “[S]alienta-se que a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade, devendo o julgador pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça” (AgRg no AREsp n. 2.240.104/SP, Quinta Turma, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/2/2023.)

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

Quanto à segunda fase da dosimetria, a jurisprudência desta Corte de Justiça, no julgamento do Tema 585 fixou a seguinte tese: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não.

Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Ainda, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, *d*, do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada, devendo ser compensada proporcionalmente, em razão da multirreincidência.

No mais, a incidência da agravante prevista no art. 61, II, *j*, do Código Penal não é automática, sendo necessária fundamentação específica para demonstrar a existência do nexo de causalidade entre a prática delitiva e o estado de calamidade pública.

No caso, é admissível a compensação proporcional das reincidências com a atenuante da confissão espontânea dos pacientes, assim como a incidência da agravante do art. 61, I, *j*, do Código Penal, foi reconhecida sem remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, situação de incapacidade, total ou parcial, de defesa por parte das vítimas, vale dizer, não consta nos autos o nexo causal entre a situação da pandemia e a conduta dos agentes. Não se demonstrou que, em razão do estado de calamidade pública, a conduta delitiva gerou maior incapacidade ou dificuldade de defesa das vítimas.

A incidência da agravante da calamidade pública pressupõe a existência de situação concreta, a qual demonstre que o paciente se prevaleceu da pandemia, para a prática do crime, sob pena de responsabilização objetiva do agente. *Mutatis mutandis*: HC 632.019/SP, Quinta Turma, minha relatoria, DJe 10/2/2021; HC 629/981/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 9/2/2021; HC 620.531/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 3/2/2021.

Assim, afasto a agravante da calamidade pública das dosimetrias dos pacientes, bem como agravo as penas proporcionalmente em 3/5 (três quintos), em

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

razão da confissão e das múltiplas reincidências de ambos, ficando as penas fixadas, nesta fase, em 3 anos, 2 meses e 3 dias de reclusão e 14 dias-multa.

Quanto à terceira fase da dosimetria, trata-se de hipótese de furto consumado, e não tentado, pois as instâncias de origem compreenderam pela efetiva inversão da posse do bem, o que se mostra consonante com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO CONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES. ARREPENDIMENTO EFICAZ. SÚMULA 7 DO STJ. ANTECEDENTES. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. NÃO CARACTERIZADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O recurso especial não é a via própria para o deslinde de controvérsia relativa à matéria constitucional, pois a análise de questão dessa natureza não é de competência desta Corte, mas do Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua a Constituição da República.*
>
> *2. Não merecem prosperar os pedidos de absolvição, desclassificação do furto para apropriação indébita, exclusão da qualificadora do concurso de agentes e de reconhecimento do arrependimento eficaz e da tentativa, pois devidamente demonstrado que o agravante e o corréu, agindo com unidade de desígnios, abordaram a vítima e arrancaram o malote com dinheiro de suas mãos, empreendendo fuga.*
>
> *3. É assente a adoção da teoria da amotio por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os referidos crimes patrimoniais consumam-se no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.*
>
> *4. "O instituto do arrependimento eficaz e da desistência voluntária somente são aplicáveis a delito que não tenha sido consumado."*
>
> *(AgRg no REsp 1.549.809/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2016, DJe 24/2/2016).*
>
> *5. Estando fundamentada a condenação pelo crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, o afastamento desta conclusão demandaria o revolvimento fático-probatório, providência inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ.*
>
> *6. Esta Corte, em diversos julgados, já se manifestou pela possibilidade de utilização de condenações distintas anteriores, transitadas em julgado, para a fixação da pena-base acima do mínimo legal e para majorar a reprimenda pela reincidência, como ocorreu na hipótese.*
>
> *7. Não comporta guarida o pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois o recorrente não assumiu a prática do crime, limitando-se a dizer que pegou um dos malotes que caiu no chão quando a vítima se desentendeu com outro indivíduo.*

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

8. Considerando que o recorrente não devolveu voluntariamente o bem furtado, mas que foi abordado por uma testemunha e pela polícia, não há se falar em arrependimento posterior.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.118.159/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 15/8/2024.)

No que tange à qualificadora prevista no art. 155, § 1º, I, do CP com a majorante do repouso, a tese firmada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.888.756/SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/05/2022, DJe de 27/06/2022 - Tema 1087) não pode retroagir para alcançar fatos praticados anteriormente ao referido entendimento, pois precedentes judiciais não tem efeitos retroativos.

No caso, ao tempo do julgamento do recurso de apelação havia consenso entre as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior sobre a compatibilidade da majorante do repouso noturno ao furto qualificado, de modo que o entendimento estava de acordo com a jurisprudência daquele ano.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO REPOUSO NOTURNO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a alteração de entendimento jurisprudencial verificada posteriormente ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, visando a sua aplicação retroativa, assim como pretendido pela defesa (...), sob pena de serem violados os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica" (AgRg no HC n. 750.423/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022).

2. Ademais, vale salientar que nem mesmo no âmbito da revisão criminal esta Corte Superior tem admitido a aplicação do precedente qualificado, quando ao tempo do julgamento do recurso de apelação havia consenso entre as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior, como na hipótese dos autos, que trata acerca da aplicação da majorante do repouso noturno ao furto qualificado.

3. Com efeito, a aplicação das disposições contidas no art. 66, I, da Lei 7.210/1984 não alcança os casos de mudança de entendimento jurisprudencial, mas apenas as hipóteses em que lei posterior, de qualquer forma, favoreça o condenado. Assim, a tese firmada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.888.756/SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/05/2022, DJe de 27/06/2022 - Tema 1087), no sentido de que "a causa de aumento prevista no § 1° do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4°)", não pode retroagir para

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

alcançar fatos praticados anteriormente ao referido entendimento, pois precedentes judiciais não tem efeitos retroativos.

4. No caso em apreço, consoante informado pelo Ministério Público do Estado do Paraná, o trânsito em julgado da sentença que condenou o recorrido como incurso no art. 155, §1° e §4°, do CP, ocorreu em 15/06/2021 e a Tese 1087, como visto, foi firmada pela Terceira Seção do STJ em 25/05/2022.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.081.283/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023.)

Por fim, inviável o abrandamento do regime prisional, tendo em vista o *quantum* das penas e a multirreincidência de ambos.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício** para redimensionar as sanções de ambos os pacientes para 4 anos, 2 meses e 24 dias de reclusão, além do pagamento de 18 dias-multa.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44909667 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:54:15
Código de Controle do Documento: fc47b7c4-bf91-4acf-abf6-74db23f9b022

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0279144-5 **HC 768.520 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15002975020218260598 22278232021

PAUTA: 10/12/2024 JULGADO: 10/12/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIEL LAPOLLA (PRESO)
PROCURADOR	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCIANO GOLDONI (PRESO)
ADVOGADO	:	AKIRA CHIARELLI KOBAYASHI - SP330377
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.

Documento eletrônico VDA44901320 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 11/12/2024 19:08:16
Código de Controle do Documento: 12F5601F-7C8A-40EC-9637-43D8C500FC94