



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 778535 - SP (2022/0332026-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS - SP232510
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TARLEI DE JESUS CONCEICAO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO PARCIAL COM AS MÚLTIPLAS REINCIDÊNCIAS. INCOMPATIBILIDADE DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO COM O FURTO QUALIFICADO. TESE FIRMADA EM REPETITIVO (TEMA 1.087). REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 269/STJ. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Tarlei de Jesus Conceição, condenado a 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 17 dias-multa, pela prática do delito de furto qualificado (art. 155, § 1º e § 4º, II, do Código Penal). A impetrante alega constrangimento ilegal em razão de reformatio in pejus indireta e sustenta que a majorante da reforma noturna é incompatível com o furto qualificado. Requer, liminarmente e no mérito, a progressão para o regime semiaberto e redimensionamento da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) verificar a admissibilidade do habeas corpus em substituição ao recurso próprio; (ii) analisar a compatibilidade da causa de aumento de proteção noturna com o furto qualificado; e (iii) definir o regime inicial de cumprimento de pena, considerando a reincidência do paciente e o fato de a pena-base ter sido aplicada no mínimo legal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O habeas corpus não é cabível como substituto de recurso próprio, mas, diante de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, admite-se a concessão da ordem de ofício.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.087), firmou entendimento de que a causa de aumento de pena pela prática do crime de furto no repouso noturno (art. 155, § 1º, do Código Penal) não incide na modalidade qualificada do crime (art. 155, § 4º do Código Penal). Assim, a majorante do descanso noturno deve ser afastada.

5. Na dosimetria da pena, é possível a compensação proporcional da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, conforme Tema 585.

6. A fixação do regime inicial deve observar o disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal, bem como nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

7. Nos termos da Súmula n. 269 desta Corte de Justiça, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

IV. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 778535 - SP (2022/0332026-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS - SP232510
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TARLEI DE JESUS CONCEICAO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO PARCIAL COM AS MÚLTIPLAS REINCIDÊNCIAS. INCOMPATIBILIDADE DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO COM O FURTO QUALIFICADO. TESE FIRMADA EM REPETITIVO (TEMA 1.087). REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 269/STJ. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Tarlei de Jesus Conceição, condenado a 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 17 dias-multa, pela prática do delito de furto qualificado (art. 155, § 1º e § 4º, II, do Código Penal). A impetrante alega constrangimento ilegal em razão de reformatio in pejus indireta e sustenta que a majorante da reforma noturna é incompatível com o furto qualificado. Requer, liminarmente e no mérito, a progressão para o regime semiaberto e redimensionamento da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) verificar a admissibilidade do habeas corpus em substituição ao recurso próprio; (ii) analisar a compatibilidade da causa de aumento de proteção noturna com o furto qualificado; e (iii) definir o regime inicial de cumprimento de pena, considerando a reincidência do paciente e o fato de a pena-base ter sido aplicada no mínimo legal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O habeas corpus não é cabível como substituto de recurso próprio, mas, diante de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, admite-se a concessão da ordem de ofício.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.087), firmou entendimento de que a causa de aumento de pena pela prática do crime de furto no repouso noturno (art. 155, § 1º, do Código Penal) não incide na modalidade qualificada do crime (art. 155, § 4º do Código Penal). Assim, a majorante do descanso noturno deve ser afastada.

5. Na dosimetria da pena, é possível a compensação proporcional da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, conforme Tema 585.

6. A fixação do regime inicial deve observar o disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal, bem como nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

7. Nos termos da Súmula n. 269 desta Corte de Justiça, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

IV. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

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 fl. 299):

Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de TARLEI DE JESUS CONCEICAO em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal n. 1524662-17.2021.8.26.0228).

O paciente foi condenado à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 1º e § 4º, II, do Código Penal.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que houve reformatio in pejus indireta, pois o acórdão excluiu a agravante aplicada na sentença e, mesmo assim, não diminuiu a pena do paciente.

Defende a aplicação do aumento de pena na fração mínima de 1/6 ao caso em testilha.

Alega que há entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência no sentido de que a majorante do repouso noturno é incompatível com a figura do furto qualificado.

Ressalta, ainda, que foi imposto regime prisional mais gravoso do que o admitido pela quantidade de pena aplicada, sem fundamentação idônea que justificasse a medida.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que o paciente seja progredido ao regime semiaberto e seja determinado o redimensionamento da pena.

É o relatório.

A defesa requer, em síntese, a revisão da dosimetria.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

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

"Diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inadmissível o emprego do writ como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade" (HC n. 602.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 10/3/2021, DJe de 6/4/2021.)

O entendimento é de elevada importância, porquanto deve-se utilizá-lo 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.

No que tange à alegação da defesa, assim entendeu o Tribunal de origem (e-STJ fls. 273-277):

[....]

No tocante a pena, esta merece reparo para afastar a incidência da circunstância agravante da calamidade pública, prevista no art. 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal.

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, comprovada a circunstância agravante da multirreincidência do réu cf. fls. 59/62 dos autos.

Ainda na segunda fase, o reconhecimento da circunstância agravante da calamidade pública, prevista no art. 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal, considerando o Decreto Estadual nº 64.879, editado antes dos fatos destes autos, que deve ser afastado, considerando que não ficou comprovado que o réu se valeu da pandemia para praticar o crime.

[...]

Porém, considerando a multirreincidência do réu 04 (quatro) condenações anteriores aos fatos destes autos a exasperação em 1/3 (um terço) se mostrou razoável, ainda que considerando a possibilidade de compensação com a circunstância atenuante da confissão espontânea do réu, para melhor atender aos critérios da suficiência e reprovabilidade na penação.

Na terceira fase, pelo crime ser praticado no repouso noturno, a exasperação em 1/3 (um terço) da pena deve ser mantida.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos considerando a multirreincidência do réu, inclusive reincidência específica, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal.

Por fim, a fixação do regime inicial fechado não merece alteração, porquanto o réu já se viu anteriormente envolvido na prática de outros crimes contra o patrimônio, tratando-se de criminoso contumaz, a ensejar maior rigor por parte do Estado-juiz.

Acrescente-se ainda que o regime inicial fechado melhor atende a finalidade da pena, ou seja, possibilitando de modo mais efetivo alcançar o caráter especial negativo da pena, que justamente consiste na intimidação do réu para que não volte a delinquir, evitando-se, consequentemente, a prática de novos delitos, reafirmando assim a existência e eficiência do Direito Penal o que, neste prisma, confirma o seu caráter geral positivo, outra finalidade que a pena visa estabelecer.

Ainda é de se dizer que a competência para se discutir à respeito da detração penal é do juízo das execuções. Ademais, ainda que descontado o período de prisão preventiva já cumprido, persistem os motivos a justificar o regime prisional mais gravoso. O tempo de prisão cautelar e a quantidade de pena não são os únicos fatores a serem considerados para determinar o regime para início do cumprimento da pena, sob pena de afronta aos Princípios da Individualização da Pena e da Isonomia.

Consigne-se, ainda, que em segundo grau de jurisdição não se tem elementos para analisar a situação processual do réu, para a aplicação da detração penal, o que fica reservado ao Juízo da Vara das Execuções Penais, até porque já existe expedida a guia de execução provisória.

Diante dos argumentos acima elencados, a r. sentença acertadamente condenou o apelante pela prática do crime de furto qualificado pela escalada, merecendo reforma para afastar a circunstância agravante da calamidade pública, prevista no art. 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal, sem reflexo na pena, devendo no mais, ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, por meu voto, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pela defensoria, para afastar a circunstância agravante da calamidade pública, prevista no art. 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal, sem reflexo na pena. Ficam mantidos os demais termos da r. sentença recorrida. O réu permaneceu preso no curso do processo, e inalterada a situação processual, persistindo os motivos que ensejaram a prisão cautelar, presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, expeça-se o mandado de prisão.

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.

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 caso, é admissível a compensação proporcional da reincidência com a atenuante da confissão espontânea do paciente.

No que tange à qualificadora prevista no art. 155, §1º, I, do CP com a majorante do repouso, a jurisprudência desta Corte firmou-se, inicialmente, no sentido de ser possível a aplicação conjunta das normas contidas nos parágrafos 1º e 4º, do art. 155, do Código Penal, a despeito da alocação topográfica da referida majorante dentro do Código Penal.

No entanto, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, visando pacificar a questão, em julgamento sob o rito do recursos especiais repetitivos (Tema 1.087), passou a entender que a causa de aumento de pena pela prática de furto no período noturno (artigo 155, § 1º, do Código Penal) não incide na forma qualificada do crime (artigo 155, § 4º, do CP).

Destarte, com a mudança do posicionamento jurisprudencial, fixou-se a seguinte tese:

Tema 1.087: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º).

Logo, assiste razão à impetrante quanto à incompatibilidade da

majorante do repouso noturno com a figura do furto qualificado.

Quanto à fixação do regime prisional, deve ser observado o disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal, bem como nas Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos da Súmula n. 269 desta Corte de Justiça, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Assim, via de regra, o réu reincidente cumpre pena em regime fechado e, excepcionalmente, quando favoráveis as circunstâncias judiciais e a pena for inferior a 4 anos, em regime semiaberto, mas nunca do regime aberto.

No caso, as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado em virtude da reincidência do paciente.

Dessa forma, verifico o constrangimento ilegal apontado pela impetrante, sobretudo porque fixada a pena-base no mínimo legal, a justificar o regime semiaberto.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ARTS. 309 E 311, AMBOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB, NA FORMA DO ART. 70 DO CÓDIGO PENAL - CP, E ART. 331 DO CÓDIGO PENAL, EM CONCURSO MATERIAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAS. SEMIABERTO. CABIMENTO. REINCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ainda que a pena privativa de liberdade tenha sido estipulada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a reincidência justifica a fixação de regime mais gravoso, no caso, o semiaberto.

2. Inexiste ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida em obediência ao art. 932 do Código de Processo Civil - CPC e art. 3º, do Código de Processo Penal - CPP, por se tratar de pedido em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, o julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 847.630/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 8/11/2023.) (grifamos)

Nesse contexto, passa-se ao redimensionamento da pena quanto ao furto qualificado, delito mais grave.

Fixada a pena-base em 2 anos e 10 dias-multa, na segunda fase o

aumento pela multirreincidência é compensado parcialmente pela atenuante da confissão espontânea, com exasperação de 1/6, que eleva a pena para 2 anos e 4 meses de reclusão e 12 dias-multa, patamar que se torna definitivo diante da ausência de causas de aumento e diminuição.

Ante o exposto, **concedo** o *habeas corpus*, para redimensionar a pena, fixando-a em 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 12 dias-multa.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0332026-8

HC 778.535 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15246621720218260228 2021001140 22775822021

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
ADVOGADOS : FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS - SP232510
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TARLEI DE JESUS CONCEICAO (PRESO)
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, concedeu a ordem, 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.