

13/12/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.940 PIAUÍ

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ÉDIO FERREIRA DE SOUSA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Habeas corpus. 2. Dosimetria da pena. A consciência da ilicitude é pressuposto da culpabilidade, na forma do art. 21 do Código Penal. Não pode ser usada para exasperar a pena-base. 3. O rompimento de obstáculo qualifica o furto (art. 155, § 4º, do CP). Essa circunstância já é considerada na qualificadora, não podendo ser novamente tomada para elevar a pena-base, sem uma especial demonstração da gravidade da circunstância no caso concreto. 4. A Segunda Turma tem afastado a consideração das ações penais e investigações em andamento como circunstância desfavorável, conforme RHC 117.095, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13.9.2013; e RHC 113.381, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 20.2.2014. 5. Aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis relevantes, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 6. Ação julgada procedente para determinar que o juiz da condenação **a)** refaça a dosimetria da pena, deixando de considerar na primeira fase a patente culpabilidade, o rompimento de obstáculo e os maus antecedentes como circunstâncias desfavoráveis, e **b)** substitua a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, de conformidade com a ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, julgar procedente o pedido, nos termos do voto do Relator. Vencida Cármen Lúcia, que denegava a ordem.

HC 122940 / PI

Brasília, 13 de dezembro de 2016.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

16/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.940 PIAUÍ

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ÉDIO FERREIRA DE SOUSA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Édio Ferreira de Sousa, contra decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 483.632/PI.

Na espécie, o paciente foi denunciado pela prática do crime de furto qualificado, porquanto, na data de 13.4.2009, no período noturno (por volta de 2 horas da manhã), arrombou o comércio de material de construção da vítima, de onde subtraiu um TV 14 polegadas, 40 lâmpadas PL, 5 kits de banheiro, 1 caixa de colas grandes, 1 caixa de colas pequenas, 10 tubos de esgoto de 100 mm, 20 tubos soldáveis de 20 mm, 10 tubos de esgoto de 50 mm, 4 caixas de tinta esmalte sintético, extensões elétricas de 5 m, 150 joelhos de 20 mm, 30 fitas isolantes pequenas, 10 caixas de descarga, 5 assentos sanitários, 10 galões de esmalte sintético, 36 torneiras de jardim e R\$ 400,00 (quatrocentos reais) em dinheiro. Foram danificados o sistema de alarme, a porta e uma grade.

Após regular instrução, sobreveio condenação à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de Justiça do

HC 122940 / PI

Estado do Piauí, que negou provimento ao apelo.

Opostos embargos de declaração, estes restaram rejeitados.

A defesa, então, interpôs recurso especial que, não admitido no Tribunal de origem, motivou o manejo de agravo no Superior Tribunal de Justiça, o qual lhe negou provimento.

Interposto agravo regimental, este também não foi provido, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 544, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES . IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Afasta-se a alegada ofensa ao princípio da colegialidade diante da existência de previsão legal para que o relator julgue, monocraticamente, o agravo em recurso especial, quando constatar uma das situações descritas no art. 544, § 4º, do Código de Processo Civil.

2. A reanálise das circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, implica a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos vedado pela Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A jurisprudência desta Corte admite que o reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas justifica o indeferimento da substituição da pena corporal, nos termos do

HC 122940 / PI

art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.”

Daí, o presente *habeas corpus*, impetrado nesta Corte.

Neste *writ*, a defesa alega, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão da desproporcionalidade da pena-base aplicada e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sustenta que:

“(...) a majoração da pena-base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses, baseada unicamente em dois dos elementos do art. 59 do Código Penal, valorados de forma inidônea, configura flagrante ilegalidade, ferindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A pena base deve ser calculada no mínimo legal para atender os ditames do art. 59 do CP.” (eDOC 2, p. 5).

Aduz ainda:

“O paciente preenche os requisitos objetivos constantes do artigo 44 do Código Penal, pois a pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Quanto aos requisitos subjetivos, verifica-se que o paciente não é reincidente e nem possuidor de maus antecedentes, diferentemente do que afirma o Tribunal de origem no acórdão para negar a substituição, sendo que, nem foi colacionada aos autos nenhuma certidão de antecedentes criminais para dar razão às teses da justiça.

HC 122940 / PI

Nesse sentido, se não há condenação com trânsito em julgado por fato anterior ao crime imputado, impõe-se o afastamento de valoração negativa aos antecedentes, conforme o Enunciado da Súmula 444 do STJ. Ademais, lhe são favoráveis todas as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal.” (eDOC 2, p. 6).

Ao final, requer a concessão da ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

16/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.940 PIAUÍ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): No presente *writ*, a defesa pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal por entender não corretamente valoradas as circunstâncias judiciais.

Aduz, ainda, ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o paciente atende aos requisitos exigidos no art. 44 do Código Penal.

No que se refere às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e à política da pena mínima, salutar as considerações de Luiz Antônio Guimarães Marrey (*apud* Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, 2012, p. 417-418):

“A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as ‘consequências’ do crime (CP, art. 59). Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. *A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima.* Não se sabe o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não por falta, na lei, de parâmetros adequados. **Toma-se o delito de roubo, para análise: na figura fundamental, dispõe o julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os**

HC 122940 / PI

diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e consequências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado, com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torná-la *'necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime'* (Código Penal, art. 59, *caput*)".

É firme a posição do Supremo Tribunal Federal de que não há nulidade na decisão que fixa pena acima do mínimo legal considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis. Precedentes (HC 101.819/SP, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, unânime, DJe 6.8.2010; RHC 100.972/MS, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, unânime, DJ 28.5.2010 e HC 97.134/PE, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJe 18.9.2009.

Verifico que o Juízo de primeiro grau fixou a pena-base acima do

HC 122940 / PI

mínimo legal em virtude da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Confira-se trecho da sentença:

“(…)

Deste modo, **CONSIDERANDO:**

a) Patente a culpabilidade do acusado entendida como *reprovabilidade* de sua conduta, uma vez que plenamente consciente da *ilicitude* de seu comportamento ainda assim decidiu por concretizá-lo;

(…)

b) que, todavia, concernente às circunstâncias do delito em foco (...), observa-se a circunstância de haver o acusado incidido no inciso I, do §4º, do art. 155, do CP, eis que, para a consumação do crime, houve *rompimento* de obstáculo à subtração da coisa, segundo o Laudo de Exame em Local de Furto Qualificado;

FIXO a PENA-BASE em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa, no valor de 10 (dez) dias-multa, sendo o dia-multa no valor de 1/10 (um décimo) do Salário Mínimo vigente à época dos fatos, devendo a reprimenda estatal ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto na Colônia Agrícola estadual Major César Oliveira.” (eDOC 3, p. 146-152).

Por sua vez, a Corte estadual, ao analisar o apelo defensivo, manteve a pena por seus próprios fundamentos, acrescentando que o réu teria maus antecedentes.

Assim, foram utilizadas em desfavor do condenado as seguintes circunstâncias: **(i)** patente culpabilidade (...) uma vez que consciente da ilicitude, **(ii)** rompimento do obstáculo e **(iii)** maus antecedentes. Analiso cada uma delas.

- "Patente culpabilidade" por consciência da ilicitude.

HC 122940 / PI

A consciência da ilicitude é pressuposto da culpabilidade, na forma do art. 21 do Código Penal. Tendo isso em vista, a doutrina – AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. – e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – HC 169.813/GO, rel. ministra LAURITA VAZ, relator do acórdão ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11.10.2011, DJe 20.3.2012; HC 216.776/TO, rel. ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 14.5.2013, DJe 4.8.2014 – são tranquilas em rechaçar esse argumento para exasperação da pena.

De fato, não há como acolher por idônea a circunstância invocada.

- Rompimento de obstáculo.

O tipo-base do furto (art. 155 do CP) prevê pena de reclusão de um a quatro anos. O rompimento de obstáculo qualifica o furto (art. 155, § 4º, do CP), elevando a pena de reclusão de dois a oito anos.

No presente caso, incidia apenas uma qualificadora, justamente o rompimento de obstáculo. Ou seja, essa circunstância já é considerada na qualificadora, não podendo ser novamente tomada para elevar a pena-base, sem uma especial demonstração da gravidade.

Assim, tendo em vista que a decisão usou o rompimento de obstáculo para qualificar o crime, incorreu em *bis in idem* ao invocar a circunstância na fixação da pena-base.

- Maus antecedentes.

Os maus antecedentes foram considerados pelo Tribunal com base no trâmite de quatro processos em desfavor do réu. Nenhum deles com decisão condenatória transitada em julgado.

HC 122940 / PI

Esta Corte está analisando, no Recurso Extraordinário 591.054, a viabilidade da consideração de inquéritos e ações penais sem decisão condenatória transitada em julgado como maus antecedentes na aplicação da pena, na forma do art. 59 do CP. Votei, juntamente com os ministros Marco Aurélio (relator), Roberto Barroso e Teori Zavascki, pela inviabilidade do reconhecimento, em homenagem à cláusula constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). É certo que os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia votaram em sentido contrário, estando o julgamento atualmente suspenso.

Ainda que não haja pronunciamento final do Pleno, a Segunda Turma tem afastado a consideração das ações e investigações em andamento como circunstância desfavorável, conforme RHC 117.095, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13.9.2013; e RHC 113.381, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 20.2.2014, esse último ementado nos seguintes termos:

“A MERA EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS PENAIS (ARQUIVADOS OU EM CURSO), NOS QUAIS INEXISTENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO, NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR A FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO DE MAUS ANTECEDENTES. - A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a perseguições criminais ainda em curso não basta, só por si ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode legitimar a recusa de aplicação, ao réu, do princípio da insignificância, pois, com o trânsito em julgado (e somente com este), descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de inocência do acusado, que passa, então, a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as

HC 122940 / PI

consequências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina.”

Assim, a circunstância foi indevidamente considerada.

Feitas essas considerações, verifico que a pena-base foi dosada sem fundamento consistente.

Na terceira fase, foi aplicado aumento de 1/3 pela majorante do repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP). Essa aplicação não foi discutida no Superior Tribunal de Justiça, nem é levantada neste *habeas corpus*.

Inicialmente, propus que a aplicabilidade da majorante fosse afastada de ofício.

Isso porque, neste caso, foram aplicados cumulativamente os §§ 1º e 4º do art. 155 do Código Penal, assim redigidos:

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

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

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

A própria topografia do artigo revela que a causa de aumento deve

HC 122940 / PI

incidir apenas sobre a pena do tipo-base.

Por definição, as qualificadoras estabelecem uma nova pena em relação ao tipo-base, ao passo que as causas de aumento incidem sobre a pena cominada no tipo-base ou na qualificadora, na terceira fase da dosimetria da pena.

O furto noturno é previsto já no primeiro parágrafo. Está antes da qualificadora. Essa localização seria ilógica se a majorante fosse destinada a incidir sobre a pena qualificada.

Além disso, a pena qualificada é o dobro da pena do tipo simples, revelando a desnecessidade da cumulação dos parágrafos.

A doutrina e a jurisprudência entendem que a majorante do repouso noturno e a qualificadora não se acumulam.

No Superior Tribunal Justiça, ambas as turmas da 3ª Seção afirmam a inaplicabilidade da cumulação:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE.

I - Incide a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu *in casu* (Precedentes).

II - Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente).

Recurso desprovido.

REsp 940.245/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA

HC 122940 / PI

TURMA, julgado em 13.12.2007”.

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA POR TER SIDO O DELITO PRATICADO DURANTE O PERÍODO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo juízo de origem, não pode esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância.

2) O aumento de pena por ter sido o delito de furto praticado durante o período noturno não incide nos crimes qualificados.

Nestes, as penas previstas já são superiores.

3) Impetração não conhecida, com concessão de "habeas corpus" de ofício para, cancelado o aumento de pena por ter sido o delito cometido no período noturno, reduzir as penas dos pacientes a três anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa, mantido o regime prisional inicial fechado, reconheço a extinção da punibilidade da espécie, com relação ao paciente Carlos Fernando Mendonça Marinho, nos termos do artigo 109, inciso IV; 110; e 115, do Código Penal.

HC 131.391/MA, CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19.8.2010”.

Na doutrina, também, prepondera a inaplicabilidade da cumulação.
Leciona Nelson Hungria:

“**Furto noturno.** Como um meio-termo entre o furto simples (art. 155, *caput*) e o *furto qualificado* (§4º do art. 155), o Código contempla o *furto noturno*, isto é, o furto praticado

HC 122940 / PI

‘durante o repouso noturno’. A pena é a mesma cominada ao furto simples, mas aumentada de um terço, o que se não dá com o furto qualificado, em que a pena, além de muito mais grave do que a correspondente ao furto simples, é *autônoma*” - HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VII. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 29.

Em mesmo sentido: JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, v. 2. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 315. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 2. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 414. DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 458.

Entretanto, no julgamento do HC 130.952, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13.12.2016, a 2ª Turma do STF concluiu por manter a cumulação da majorante com a qualificadora.

Tendo isso em vista, reajusto meu voto, afastando a proposta de concessão da ordem de ofício.

Por fim, pela falta de circunstâncias desfavoráveis importantes, percebe-se que não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do art. 44, § 2º, do CP.

Assim, o Juízo da condenação deverá refazer a dosimetria da pena e aplicar a substituição.

Ante o exposto, julgo **procedente** o pedido para determinar que o juiz da condenação: **a)** refaça a dosimetria da pena, deixando de considerar na primeira fase a patente culpabilidade, o rompimento de obstáculo e os maus antecedentes como circunstâncias desfavoráveis; e **b)** substitua a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

HC 122940 / PI

É como voto.

16/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.940 PIAUÍ

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S)	: ÉDIO FERREIRA DE SOUSA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu peço vista dos autos porque, numa parte, eu até tenho uma posição contrária e fico vencida, na Turma, relativamente aos antecedentes. Entretanto, pela riqueza de dados oferecidos pelo Ministro Gilmar, citando inclusive a doutrina, nos outros pontos, eu gostaria de trazer um voto mais bem fundamentado.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 122.940

PROCED. : PIAUÍ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ÉDIO FERREIRA DE SOUSA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que julgava procedente o pedido e, outrossim, concedia de ofício a ordem, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia. **2ª Turma**, 16.09.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária

06/09/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.940 PIAUÍ

VOTO-VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Pedi vista deste *habeas corpus* após o voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator, que concedia o pedido para determinar ao juiz da condenação nova dosimetria da pena, deixando de considerar, na primeira fase, a “*patente culpabilidade*”, o “*rompimento de obstáculo*” e os “*maus antecedentes*” como circunstâncias desfavoráveis, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. O Relator concedeu, ainda, ordem de ofício para afastar a aplicação da majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal, afirmando sua incompatibilidade com o furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), consignando, contudo, a possibilidade de o “*repouso noturno*” ser considerada na primeira fase de aplicação da pena.

3. Por entender necessário aprofundar o estudo das questões submetidas ao exame do Supremo Tribunal Federal, decidi apresentar voto escrito sobre as teses jurídicas suscitadas, que agora trago à apreciação da Turma.

4. Tem-se nos autos que, em 4.6.2012, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Teresina/PI condenou o Paciente à pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, I, do CP), com a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (crime praticado durante o repouso noturno), nos termos seguintes:

“(...) Subsequentemente, enceto a dosimetria da pena tendo sob a alça de mira o que disposto no art. 59, do mesmo diploma legal.

Deste modo, CONSIDERANDO:

HC 122940 / PI

a) Patente a culpabilidade do acusado entendida como reprovabilidade de sua conduta, vez que plenamente consciente da ilicitude de seu comportamento ainda assim decidiu por concretizá-lo;

b) que, no tocante à conduta social, não há informações nos autos que permitam efetivar uma avaliação mais criteriosa e objetiva, motivo pelo qual abstenho-me de formular qualquer juízo de valor sobre a mesma;

c) que, igualmente, no que diz respeito à personalidade, inexistem dados que possibilitem um exame mais minudente e preciso sobre tal aspecto, razão pela qual não a analiso como necessário;

d) que, pertinente aos motivos do delito, também não há no processo qualquer informação mais específica e determinante sobre os tais;

e) que, todavia, concernente às circunstâncias do delito em foco, às quais, na dicção de Damásio de Jesus, são "determinados dados que, agrupados à figura típica fundamental, tem a função de aumentar ou diminuir as suas consequências jurídicas, em regra, a pena"; sendo que, na espécie, observa-se a circunstância de haver o acusado incidido no inciso I, do § 4º, do art. 155, do CP, eis que, para a consumação do crime, houve rompimento de obstáculo à subtração da coisa, segundo o Laudo de Exame em Local de Furto Qualificado (fis. 36/38);

f) que, em relação às consequências do crime, estas, em verdade, não se evidenciam ser de grande monta, conforme se vê dos informativos residentes no caderno policial;

g) que o comportamento da vítima em nada colaborou para a realização do delito;

FIXO a PENA-BASE em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa, no valor de 10 (dez) dias multa, sendo o dia-multa no valor de 1/10 (um décimo) do Salário Mínimo vigente à época dos fatos, devendo a reprimenda estatal ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto na Colônia Agrícola estadual Major César Oliveira.

Contudo, entremostra-se presente a atenuante inclusa na alínea "d", do inciso III, do art. 65, do Estatuto Repressivo, porquanto o acusado confessou espontaneamente ser o autor do crime, reduziu a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

HC 122940 / PI

Entretanto, observo incidir, no caso em comento, a causa de aumento de pena prevista no § 1º, do art. 155, do mesmo diploma legal, pelo que exaspero a pena para 3 (três) anos de reclusão, convertendo-a em pena-definitiva.

Transitada em julgado, lance-se o nome do apenado no Rol dos Culpados e expeça-se a Guia de Recolhimento, assim como se officie ao egrégio Tribunal Regional Eleitoral - TRE -, para os fins do art. 15, inciso III, da CF”.

5. O Tribunal de Justiça do Piauí, ao negar provimento à apelação do Paciente, consignou a proporcionalidade entre a fundamentação da sentença e a pena-base fixada acima do mínimo legal, além de concluir que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostrava eficiente na espécie, pela conduta do acusado e pelas circunstâncias do fato delituoso.

6. Confira-se o seguinte trecho do voto condutor do respectivo acórdão:

“(...) Narra a denúncia (fls. 02/03), que no dia 13 de abril de 2009, por volta das 02:00 horas, na casa de material de construção da vítima Francisco de Assis Cavalcante Lima, o Apelante decidiu invadir a loja do Ofendido, mediante rompimento de obstáculo, ocasião em que pulou o muro do estabelecimento, arrombou a porta dos fundos e a grade de proteção da mesma, retirando, assim, uma grande quantidade de objetos do local do crime, conforme descrito no laudo de exame em local de furto. (fls. 36/39).

(...)

O Apelante foi condenado pela prática de furto qualificado, vez que subtraiu da casa de material de construção da vítima Francisco de Assis Cavalcante Lima, vários objetos: uma TV 14”- SEMP TOSHIBA, 40 lâmpadas PL, 05 kits de banheiro, 01 caixa de colas grandes, 01 caixa de colas pequenas, 10 tubos de esgoto 100 mm, 20 tubos soldados de 20 mm, 10 tubos de esgoto 50 mm, 04 caixas de tinta de esmalte sintético, 20 extensões elétricas de 05 ms, 150 joelhos de 20 mm, 30 fitas isolantes

HC 122940 / PI

pequenas, 10 caixas de descarga, 20 kls de prego ripais, 05 assentos sanitários, 10 galões de esmalte sintético, 36 torneiras de jardim e R\$ 400,00 (quatrocentos reais) em dinheiro. O fato ocorreu no dia 13 de abril do ano de 2009, por volta das 02:00 horas da manhã, na casa de construção da vítima, onde danificou o sistema de alarme, a porta e uma grade.

(...)

No caso sob exame, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Conforme destacou o MM. Juiz a quo:

(...) "o acusado confessou com riqueza de detalhes o crime cometido, fato que está em perfeita simetria com as declarações colhidas pela vítima, quer na fase da elaboração do caderno policial quando chegou a assinalar que o denunciado foi pego vendendo os produtos do furto na região do Wall Ferraz (fls. 09), quer na fase da formação da culpa quando confirmou o que fora dito na polícia (gravação em DVD R, acostada aos autos). Como já referido, o próprio denunciado, sem tentar cicatrizar os fatos articulados na denúncia, declarou que praticara o furto no período noturno, posto que, conforme ele mesmo informou, estava regressando da residência de sua namorada. Noutras palavras: colheu a oportunidade quando "as ruas e as estradas se despovoam, facilitando essas circunstâncias a prática do crime". Não há como fugir ao reconhecimento de uma situação fática confortada pelo Laudo de Exame Local de Furto Qualificado, na qual, às escâncaras, percebe-se a incidência do disposto no inciso I, § 4º, do art. 155, do Código Penal. Do conseguinte, os argumentos da defesa que tentam maculá-lo, de uma ou de outra forma, são inseríveis para arredar, na hipótese, a qualificadora retro referida, haja vista que o procedimento levado à efeito no local submetido a perícia não deixou margem à dúvida no tocante "ao rompimento ou destruição do obstáculo à subtração da coisa." No caso em apreço, não é necessário nenhum

HC 122940 / PI

esforço de retórica para se perceber que o acusado, no labor para alcançar seu desiderato, utilizou-se da violência a tal ponto para danificar a esquadria e a grade metálica, conforme foto inclusa no laudo pericial, ou seja, houve rompimento de obstáculo à subtração da coisa."

Ademais, a existência de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Acusado, foram valoradas negativamente na análise do doutro Magistrado, como: culpabilidade do Apelante entendida como a reprovabilidade de sua conduta, vez que plenamente consciente da ilicitude de seu comportamento e haver incidido no inciso I, do § 4º, do Código Penal, qualificando o crime, que justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Ressalte-se, ademais, que a pena aplicada ficou muito próxima do mínimo legal, não se verificando qualquer irregularidade ou constrangimento. Por fim, a exasperação da pena pela causa de aumento se deu por ter o julgador entendido estar provado incidir o previsto no § 1º, do art. 155 do CPB, em razão do crime ter sido praticado durante o repouso noturno, o que não afastou a sua benevolência ao atenuar a reprimenda, porquanto Acusado ter confessado espontaneamente a autoria do delito.

No presente feito, da análise das circunstâncias judiciais que revestiam o crime, bem como o fato do ora Apelante responder a outros quatro processos criminais nesta Comarca (fls. 25/28), ficou evidente a conduta desabonadora e a contumácia criminosa do mesmo.

Conforme esclarecido pela Apelante, este confessou (fls. 14/15), in verbis:

"Que realizou o furto na casa comercial da vítima, já responde na Justiça a alguns processos, todos pelo mesmo crime: FURTO; que já foi preso por furto e processado pelas Delegacias do 1º DP, 7º DP e 22º DP e que estava recentemente preso na Penitenciária de Esperantina - PI."

Nesse contexto, não se pode dizer que a fixação da pena-base do Apelante, que foi acima do limite legal, seja ilegal ou mereça reforma,

HC 122940 / PI

posto que não existe desproporção na pena-base fixada pelo M.M Juiz a quo em desfavor do Acusado, sendo ela justa e razoável. (...)

O Apelante vindica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no entanto, não tem razão a defesa, eis que não se fazem presentes os requisitos necessários à substituição da pena, em razão da vida do Acusado ser pautada para ilicitude, conforme comprovado nos autos.

Neste ínterim, impende registrar que a viabilidade da substituição da pena por medida alternativa, pressupõe que a mesma seja suficiente e necessária à reparação do mal causado pelo delito.

Ademais, o art. 44 do Código Penal elenca os requisitos necessários e indispensáveis para que o Juiz possa levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, sendo eles cumulativos, isto é, devem estar presentes, tanto os objetivos quanto os subjetivos para a realização da substituição, o que não acontece nos presentes autos. (...)

Logo, mostra-se incabível o deferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o Acusado possuir maus antecedentes, responder a outros processos pelo crime de furto e a sua conduta ser voltada para atividades delituosas (fls. 210/216)” (grifos e destaques nossos).

7. A Defensoria Pública do Estado do Piauí interpôs recurso especial que, inadmitido na origem, ensejou a interposição do recurso de agravo para o Superior Tribunal de Justiça.

8. Naquele Tribunal, o Relator, Ministro Rogério Schietti, negou provimento ao agravo, consignando a impossibilidade de reexame do conjunto probatório dos autos, além do acerto do entendimento segundo o qual “o reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas justifica o indeferimento da substituição da pena corporal, nos termos do art. 44, III, do Código Penal”. A decisão foi posteriormente confirmada em agravo

HC 122940 / PI

regimental julgado pela Sexta Turma.

9. Nesta ação impetrada pela Defensoria Pública da União, põe-se em questão a fundamentação para a aplicação da pena-base acima do mínimo legal e a possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos.

10. Na sessão de julgamento da presente ação, em 16.9.2014, o Ministro Gilmar Mendes votou pela concessão da ordem, sob o fundamento da insubsistência das circunstâncias judiciais invocadas em desfavor do acusado. Consignou, em síntese, que: a) a consciência da ilicitude é pressuposto da culpabilidade (art. 21 do CP), não podendo justificar o aumento da pena; b) o “rompimento do obstáculo” qualifica o furto (art. 155, § 4º, I, do CP), sendo vedada sua utilização para aumentar também a pena-base, configurando *bis in idem*; e c) a impossibilidade de invocar-se, a título de maus antecedentes, condenações criminais sem trânsito em julgado.

11. O Relator propôs, ainda, a concessão de ordem de ofício por entender incompatível a causa de aumento de 1/3 do repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP) com a figura qualificada do furto (art. 155, § 4º, do CP). Para tanto, afirmou com apoio na doutrina e na jurisprudência:

“A própria topografia do artigo revela que a causa de aumento deve incidir apenas sobre a pena do tipo-base.

Por definição, as qualificadoras estabelecem uma nova pena em relação ao tipo-base, ao passo que as causas de aumento incidem sobre a pena cominada no tipo-base ou na qualificadora, na terceira fase da dosimetria da pena.

O furto noturno é previsto já no primeiro parágrafo. Está antes da qualificadora. Essa localização seria ilógica se a majorante fosse destinada a incidir sobre a pena qualificada.

Além disso, a pena qualificada é o dobro da pena do tipo simples, revelando a desnecessidade da cumulação dos parágrafos.

HC 122940 / PI

A doutrina e a jurisprudência entendem que a majorante do repouso noturno e a qualificadora não se acumulam.

(...)

Assim, a cumulação da majorante com a qualificadora é inviável. Isso não impede, por óbvio, a utilização do repouso noturno como circunstância judicial desfavorável para fixação da pena-base.

No caso concreto, o aumento de pena pelo furto noturno deve ser excluído.

Por fim, pela falta de circunstâncias desfavoráveis importantes, percebe-se que não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do art. 44, § 2º, do CP.

Assim, o Juízo da condenação deverá refazer a dosimetria da pena e aplicar a substituição.

*Ante o exposto, julgo **procedente** o pedido para determinar que o juiz da condenação: **a)** refaça a dosimetria da pena, deixando de considerar na primeira fase a patente culpabilidade, o rompimento de obstáculo e os maus antecedentes como circunstâncias desfavoráveis; e, **b)** substitua a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.*

*Outrossim, de ofício, **concedo** a ordem de habeas corpus para afastar a aplicação da majorante do art. 155, § 1º, do CP, podendo o repouso noturno ser considerado na primeira fase de aplicação da pena” (destaques no original).*

12. Primeiramente, analiso os temas suscitados originariamente na presente impetração.

13. Com a devida vênia do Ministro Gilmar Mendes, não verifico constrangimento quanto à alegação de ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

14. Concordo com o Relator quando afasta a “consciência da ilicitude” (pressuposto da culpabilidade) e o “rompimento de obstáculo” (elementar do próprio tipo qualificado do art. 155, § 4º, I, do CP) como circunstâncias judiciais idôneas a justificar a exacerbação da pena-base acima do mínimo legal do furto qualificado, que é de dois anos de

HC 122940 / PI

reclusão.

15. Contudo, é conhecido meu entendimento divergente quanto à possibilidade de se considerar os processos ainda não transitados em julgado como circunstâncias judiciais desfavoráveis, a título de maus antecedentes. Como já adiantado pelo Relator, a questão estava em análise pelo Plenário no RE 591.054, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, sendo que votei vencida, na linha dos votos proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Luiz Fux, no sentido de que não viola o princípio da não-culpabilidade considerar-se como maus antecedentes os vários processos criminais em trâmite contra o acusado.

16. Ressalte-se que tão somente essa última circunstância judicial mencionada na sentença, se amparada pela maioria deste Supremo Tribunal, seria suficiente para justificar o aumento da pena. É que, na espécie, após a incidência da minorante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), foi provisoriamente fixada em dois anos e seis meses, portanto apenas seis meses acima do mínimo legal.

Entretanto, mesmo ressaltando meu entendimento pessoal no ponto e aderindo democraticamente ao entendimento firmado pela maioria do Plenário, há outros elementos no processo em exame que ainda assim me levam a respeitosamente divergir do voto proferido pelo Ministro Relator.

17. De início, importante notar a existência de outras circunstâncias judiciais **referidas pelo magistrado sentenciante** e que foram omitidas na fase do art. 59 do Código Penal, tais como haver o acusado escalado o muro para furtar e ter sido flagrado vendendo o produto do crime. Essas circunstâncias, aliada à retirada “*de uma grande quantidade de objetos do local do crime*”, foram expressamente invocadas no julgamento da apelação como suficientes para afirmar o acerto da pena aplicada, sem que sua utilização represente indevida *reformatio in pejus*, conforme decidiu esta Segunda Turma no recentíssimo julgamento do RHC 116.013,

HC 122940 / PI

Relator o Ministro Teori Zavascki:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONDIÇÕES DESFAVORÁVEIS RECONHECIDAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não é viável, na via estreita do habeas corpus, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. O que está autorizado é apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades. No caso, entretanto, não se constata qualquer vício apto a justificar o redimensionamento da pena-base. Precedentes.

2. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar pelo menos um dos critérios, que são autônomos, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, caput e § 1º, em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, o qual, evidentemente, não goza do referido benefício.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias concluíram que o recorrente dedica-se a atividades criminosas, circunstância que não pode ser contraditada em sede de habeas corpus,

HC 122940 / PI

instrumento que não se presta para o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. *A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º). Sob essa perspectiva, não há ilegalidade na decisão que aumenta a pena-base em decorrência das condições desfavoráveis do acusado e estabelece o regime inicial mais grave, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*

5. *O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação permite que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o Tribunal aprecie em exaustivo nível de profundidade, a significar que, mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos.*

6. *No particular, o Tribunal de apelação, sem exasperar a pena, procedeu à revisão dos parâmetros de individualização da reprimenda com base em substrato fático contido na acusação e citado na própria sentença condenatória. Desse modo, não há falar em reformatio in pejus.*

7. *Recurso improvido.* (grifos e negritos nossos).

18. De qualquer modo, a pena imposta somente se tornou definitiva em três anos de reclusão após a incidência da causa de aumento prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal, objeto da concessão da ordem de ofício pelo Relator, cuja possibilidade passo a analisar.

19. Consoante relatado, a concessão da ordem de ofício tem por fundamento a alegada incompatibilidade entre a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal com a forma qualificada do crime de furto, prevista no subsequente § 4º do mesmo dispositivo legal.

HC 122940 / PI

20. A referida incompatibilidade fundamenta-se principalmente em critérios topográficos e de técnica legislativa, no sentido de que seria ilógica a aplicação da majorante prevista em parágrafo anterior à forma qualificada do delito previsto no parágrafo seguinte. Em síntese, a previsão normativa do furto qualificado após o dispositivo que se refere à causa de aumento pelo furto noturno denunciaria a opção legislativa de impossibilitar a acumulação entre a referida majorante e a forma qualificada do delito.

21. Questão semelhante, envolvendo o mesmo artigo 155 do Código Penal, mais especificamente a compatibilidade entre o furto privilegiado (§ 2º) e o furto qualificado (§ 4º), foi objeto de exaustiva análise por parte da doutrina e da jurisprudência.

22. O Supremo Tribunal Federal, justamente pelas razões já mencionadas, tinha entendimento consolidado pela impossibilidade de aplicação do § 2º (furto privilegiado) nas hipóteses do subsequente § 4º (furto qualificado), do tantas vezes referido art. 155 do Código Penal:

“EMENTA: Criminal.

Furto privilegiado e furto qualificado.

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal, em sendo crime qualificado.

Se é certo, assim, que o furto foi considerado como qualificado, não é possível, mesmo sendo o bem subtraído de pequeno valor, que se faça a aplicação da regra do aludido dispositivo da lei penal.

Precedentes.

Recurso extraordinário conhecido e provido, para restabelecer-se a sentença de primeira instância.” (RECr 114.179, Relator o Ministro Aldir Passarinho)

Nesse sentido, entre outros, os *Habeas Corpus* ns. 54.571, Relator o Ministro Cunha Peixoto, DJ 1.10.1976; e 54.825, Relator o Ministro Cunha Peixoto, DJ 1.4.1977; e os Recursos Extraordinários ns. 81.583, Relator o

HC 122940 / PI

Ministro Cordeiro Guerra, DJ 5.9.1975; 90.461, Relator o Ministro Djaci Falcão, DJ 7.12.1979; 95.102, Relator o Ministro Cordeiro Guerra, DJ 9.10.1981; 94.301, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 23.4.1982; 96.555, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ 10.12.1982; 99.644, Relator o Ministro Oscar Corrêa, DJ 24.6.1983; 100.036, Relator o Ministro Djaci Falcão, DJ 24.6.1983; 101.252, Relator o Ministro Soares Munoz, Dj. 2.3.1984; 102.778, Relator o Ministro Oscar Corrêa, DJ 17.8.1984; 103.303, Relator o Ministro Néri da Silveira, RTJ 124/629; 105.069, Relator o Ministro Sydney Sanches, RTJ 123/604; 113.116, Relator o Ministro Francisco Rezek, DJ 16.9.1988.

Entretanto, em julgados mais recentes, este Supremo Tribunal foi alterando a orientação que dava como inconciliável o tratamento privilegiado do crime de furto com suas hipóteses qualificadas.

Atualmente, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal admitem a compatibilidade entre o privilégio e a qualificadora do art. 155 do Código Penal. Para tanto, afastaram-se os óbices então invocados do critério topográfico e de técnica legislativa, passando-se a adotar como parâmetro a natureza objetiva da qualificadora e a compatibilidade intrínseca entre os preceitos legais, ou seja, se os dois comandos normativos são ou não conciliáveis entre si (independentemente da localização no *bloco normativo* em que inseridos). Nesse sentido, confira-se:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. EXISTÊNCIA DO PRIVILÉGIO. BEM DE PEQUENO VALOR. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. *A questão tratada neste habeas corpus diz respeito à possibilidade da incidência da causa de diminuição prevista no § 2º do art. 155 do CP ao furto qualificado.*

2. *Considero que, para se admitir a figura do crime de furto qualificado-privilegiado, o critério norteador deve ser o da verificação da compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, §*

HC 122940 / PI

4º) e o privilégio (CP, art. 155, § 2º). E, a esse respeito, no segmento do crime de furto, não há incompatibilidade entre as regras constantes dos dois parágrafos referidos.

3. No caso em tela, a questão maior não se coloca na possibilidade de compatibilização do privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal, com a qualificadora do § 4º, inciso IV, do mesmo dispositivo, mas na própria existência do privilégio.

4. Não há nos autos elementos suficientes para se aferir o valor dos bens furtados e, pela descrição acima, não parecem se enquadrar no conceito de pequeno valor.

5. Habeas corpus denegado". (HC 99.569, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutro dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva).

2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto. Caso em que a qualificadora do rompimento de obstáculo (de natureza nitidamente objetiva - como são todas as qualificadoras do crime de furto) em nada se mostra incompatível com o fato de ser o acusado primário; e a coisa, de pequeno valor. Precedentes da Segunda Turma do STF.

3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP e julgar extinta a punibilidade do paciente pela prescrição retroativa." (HC 98.265, Re. Min. Ayres Britto, 1ª Turma).

Nessa mesma linha, de que fui Relatora, os *Habeas Corpus* ns. 97.051, DJe 1.7.2010; 99.222, DJe 8.6.2011; 99.347, DJe 8.2.2011; 100.307, DJe

HC 122940 / PI

3.6.2011; 109.527, DJe 1.8.2012; e ainda, HC 94.765, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 26.9.2008; HC 102.490, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 18.6.2010; HC 97.034, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 7.5.2010; HC 115.891, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 10.6.2013; HC 115.225, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 16.4.2013 .

23. Onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito. Portanto, se o fato de o preceito privilegiador estar situado em parágrafo anterior àquele que define o crime de furto qualificado não impede a incidência da referida causa de diminuição, o mesmo também deverá ocorrer com a causa de aumento objetiva prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (furto praticado durante o repouso noturno), pois plenamente compatível com a forma qualificada do furto prevista no mesmo art. 155, § 4º, inciso I (destruição ou rompimento de obstáculo), independentemente da sua localização topográfica.

24. Ressalte-se que o furto qualificado por destruição ou rompimento de obstáculo pode ser ou não praticado durante o repouso noturno, sendo conciliáveis as duas figuras, que, por essa mesma razão, não podem ser tratadas como um indiferente penal ou consideradas excludentes entre si.

25. Nessa linha, a conduta qualificada do furto por destruição ou rompimento de obstáculo à subtração se torna ainda mais reprovável quando praticada durante o repouso noturno, a ensejar a incidência da causa de aumento da pena, aplicada após a fixação da pena-base e a verificação das circunstâncias atenuantes e agravantes. Esse o parâmetro legal definido pelo art. 68 do Código Penal para aplicação da pena e não o critério da localização topográfica.

26. Daí o acerto das instâncias ordinárias ao entenderem cabível a cumulação das normas previstas nos §§ 1º e 4º do art. 155 do Código Penal, conferindo o mesmo tratamento dado pela jurisprudência deste

HC 122940 / PI

Supremo Tribunal ao furto qualificado privilegiado.

27. Justamente por perceber essa necessidade de emprestar coerência ao sistema, Guilherme de Souza Nucci reviu seu entendimento anterior, passando a defender posição nessa mesma linha (*Código Penal Comentado*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 828/829). Confira-se:

“(...)O legislador, reconhecendo o maior gravame, impõe um aumento de um terço para a pena, em quantidade fixa e predeterminada. A jurisprudência majoritária tem entendido que essa causa de aumento deve ser aplicada somente ao furto simples, isto é, à figura prevista no caput, tendo em vista a sua posição sistemática na construção do tipo penal. A pena do furto qualificado, já aumentada nas suas balizas mínima e máxima, não seria por este aumento afetada. Ademais, as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4.º já são graves o suficiente para determinar uma justa punição ao autor da infração penal. Era a nossa posição. Mais detidamente refletindo sobre o tema, verificamos o seu desacerto no processo de fixação da pena. Em redor do tipo básico (caput), giram várias circunstâncias, algumas gerando aumento de pena, outras, diminuição. As elevações são obtidas por meio de qualificadoras e causas de aumento; as diminuições, por meio de privilégios e causas de diminuição. A qualificadora, quando presente, altera a faixa de fixação abstrata da pena (no caso do furto, pode-se alterá-la para dois a oito anos e multa - conforme § 4.º - ou para três a oito - conforme § 5.º). Na concomitante presença de qualificadora do § 4.º e do § 5.º, somente se pode eger uma faixa para a pena, logo, escolhe-se a mais grave: de três a oito anos. A circunstância remanescente, pertencente à outra qualificadora do § 4.º (por exemplo, rompimento de obstáculo), deve ser levada em conta na aplicação da pena-base, como circunstância judicial. Entretanto, a incidência concomitante de causas de aumento e de diminuição, previstas no mesmo tipo penal, podem (e devem) ser aplicadas umas sobre as outras. Por isso, se houver furto noturno, cometido por primário, com coisa de pouco valor, pode-se fazer incidir os §§ 1.º e 2.º. Diante disso,

HC 122940 / PI

presente apenas uma circunstância qualificadora do § 4.º (ilustrando, a escalada), além da causa de aumento de ter sido o crime cometido durante o repouso noturno, prevista no § 1.º, nada impede a aplicação de ambas. O juiz parte da faixa indicada pelo § 4.º, por conta da escalada, logo, dois a oito anos; fixa a pena-base, com fruto no art. 59 do CP; verifica se há agravantes ou atenuantes (arts. 61 a 65); finalmente, insere as causas de aumento, no caso, um terço a mais, por consideração ao §. 1.º. A posição da causa de aumento no tipo penal, bem como da qualificadora, é completamente indiferente, levando-se em conta o processo trifásico de aplicação da pena. Outras considerações, para não aplicar o aumento do § 1.º às formas qualificadas (§4.º ou 5.º), constituem pura política criminal, visando à menor apenação ao acusado, embora distante da técnica de individualização da pena." (grifos e destaques nossos).

28. Por fim, quanto ao pedido de substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos, tenho por corretos os pronunciamentos do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e do Superior Tribunal de Justiça, com relação à ausência dos requisitos autorizadores para a concessão do benefício (art. 44, III, do CP).

29. As circunstâncias narradas nos autos, em especial a quantidade dos bens furtados, a maneira como praticada a conduta e os vários processos a que responde o Paciente por delitos de igual natureza (noticiando-se estar preso pouco antes do cometimento do crime), revelam que a pretendida substituição não se mostra, na espécie vertente, suficiente para a retribuição do crime, prevenção de futuros delitos e a reeducação do condenado.

Pelo exposto, com a devida vênia do Ministro Gilmar Mendes, voto pela **denegação da ordem, sem a concessão de *habeas corpus* de ofício.**

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 122.940

PROCED. : PIAUÍ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ÉDIO FERREIRA DE SOUSA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que julgava procedente o pedido e, outrossim, concedia de ofício a ordem, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia. **2ª Turma**, 16.09.2014.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que julgava procedente o pedido e, outrossim, concedia de ofício a ordem, e do voto da Ministra Cármen Lúcia que o denegava, pediu vista o Ministro Teori Zavascki. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 6.9.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária

13/12/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.940 PIAUÍ

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida nos autos do AREsp 483.632/PI. Consta dos autos, em síntese, que: (a) o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de furto qualificado mediante rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do Código Penal); (b) a condenação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que, após, rejeitou os embargos de declaração; (c) na sequência, a defesa interpôs recurso especial, que, inadmitido na origem, desafiou agravo nos próprios autos, ao qual o Superior Tribunal de Justiça negou provimento, em decisão confirmada pelo colegiado, conforme acórdão assim ementado:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 544, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Afasta-se a alegada ofensa ao princípio da colegialidade diante da existência de previsão legal para que o relator julgue, monocraticamente, o agravo em recurso especial, quando constatar uma das situações descritas no art. 544, § 4º, do Código de Processo Civil.

2. A reanálise das circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, implica a necessidade de revolvimento fático-

HC 122940 / PI

probatório dos autos vedado pela Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A jurisprudência desta Corte admite que o reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas justifica o indeferimento da substituição da pena corporal, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido”.

Nesta ação, sustenta a Defensoria Pública da União, em síntese, que (a) *“o cálculo da pena foi feito de forma desproporcional e sem a motivação devida”* quanto à *“análise da culpabilidade e das circunstâncias do crime previstas no art. 59 do CP”*; (b) *“a utilização de circunstâncias que são inerentes ao próprio tipo ou qualificam o crime para agravar a pena-base caracteriza in bis in idem, necessitando afastar a apreciação desfavorável desta circunstância”*; (c) o paciente preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal). Requer, assim, a concessão da ordem, para *“reduzir a pena-base ao mínimo legal bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”*.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pela denegação da ordem.

O julgamento foi iniciado em 16/9/2014, com o voto do Ministro Relator pela concessão da ordem *“para determinar que o juiz da condenação: a) refaça a dosimetria da pena, deixando de considerar na primeira fase a patente culpabilidade, o rompimento de obstáculo e os maus antecedentes como circunstâncias desfavoráveis; e b) substitua a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito”*. Concedeu, ainda, a ordem de ofício para *“afastar a aplicação da majorante do art. 155, § 1º, do CP, podendo o repouso noturno ser considerado na primeira fase de aplicação da pena”*. Após o voto do Ministro Relator, houve pedido de vista pela Ministra Cármen Lúcia, que, no julgamento realizado em 6/9/2016, denegou a ordem. Em seguida, pedi vista.

2. No particular, o juiz sentenciante fixou a pena-base em 3 anos e 6

HC 122940 / PI

meses de reclusão, em razão da “*patente culpabilidade*” do paciente e das circunstâncias do delito.

Nos exatos termos da sentença:

O acusado confessou com riqueza de detalhes o crime cometido, fato que está em perfeita simetria com as declarações colhidas pela vítima, quer na fase da elaboração do caderno policial quando chegou a assinalar que o denunciado foi pego vendendo os produtos do furto na região do Wall Ferraz, (fls. 09), quer na fase da formação da culpa quando confirmou o que fora dito na policia (gravação em DVD R, acostada aos autos).

Como já referido, o próprio denunciado, sem tentar cicatrizar os fatos articulados na denúncia, declarou que praticara o furto no período noturno, posto que, conforme ele mesmo informou, estava regressando da residência de sua namorada. Noutras palavras: colheu a oportunidade quando ‘as ruas e as estradas se despovoam, facilitando essas circunstâncias a prática do -crime’.

(...)

No caso em apreço, não é necessário nenhum esforço de retórica para se perceber que o acusado, no labor para alcançar seu desiderato, utilizou-se da *violência* a tal ponto de danificar a esquadria e a grade metálica, conforme foto inclusa no laudo pericial, ou seja, houve *rompimento* de obstáculo à subtração da coisa.

(...)

Deste modo, considerando:

a) patente a culpabilidade do acusado entendida como reprovabilidade de sua conduta, vez que plenamente consciente da ilicitude de seu comportamento ainda assim decidiu por concretizá-lo;

(...)

e) que, todavia, concernente às circunstâncias do delito em foco, (...) sendo que, na espécie, observa-se a circunstância de haver o acusado incidido no inciso I, do § 4º, do art. 155, do CP, eis que, para a consumação do crime, houve rompimento de

HC 122940 / PI

obstáculo à subtração da coisa, segundo o laudo de exame em local de furto qualificado;

(...)

Fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão

O Tribunal de Justiça acrescentou às circunstâncias judiciais o fato de o paciente “*responder a outros quatro processos criminais nesta Comarca*”, de modo que “*evidente a conduta desabonadora e a contumácia criminosa do mesmo*”.

3. Sendo esse o quadro, as circunstâncias judiciais, da forma como invocadas na sentença, padecem de ilegalidade, na esteira do voto do relator.

Em linhas gerais, a consciência da ilicitude constitui pressuposto da culpabilidade como elemento do crime e não como circunstância judicial do art. 59 do CP, razão pela qual não se presta a imprimir maior rigor na fixação da pena básica. Agrega-se posição da doutrina no sentido de que “a culpabilidade, como elemento do crime, já foi analisada, justamente para que o juiz chegasse à conclusão de que o réu merece ser condenado. Logo, não mais tem cabimento cuidar dos requisitos que a compõem, em sentido estrito. Não mais torna o magistrado a discutir imputabilidade, consciência potencial de ilicitude ou exigibilidade de comportamento conforme o Direito, salvo nas hipóteses expressamente autorizadas pelo legislador, mas, ainda assim, no contexto das causas de diminuição da pena – como ocorre com a ocorrência de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP) e com o erro de proibição inescusável (art. 21, CP)”, de modo que, “quando se encontra no momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem” (Nucci, Guilherme de Souza, *Individualização da pena*. Ed. Revista dos Tribunais, 2013).

Também não constitui motivação adequada para a elevação da pena-base o rompimento de obstáculo, já que constitui condição específica que

HC 122940 / PI

qualifica o crime. De acordo com o critério trifásico de imposição da pena, ficam reservadas à primeira fase do cálculo as circunstâncias do fato criminoso de caráter residual, distintas, portanto, daquelas previstas em lei.

E, finalmente, no que se refere aos maus antecedentes, o STF, na sistemática da repercussão geral, firmou orientação de que “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais” (RE 591.054, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Dje 26/2/2015). Ao que consta dos autos, o paciente responde a “quatro processos criminais”, sem notícia de que tenha sido condenado em quaisquer deles, de modo que não podem ser levados em conta para configurar maus antecedentes.

Desse modo, à míngua de qualquer circunstância judicial desfavorável, a pena-base deve ser aplicada no mínimo legal.

4. Referente à legitimidade da incidência da causa de aumento de pena decorrente do repouso noturno ao furto qualificado, realmente, parcela considerável da doutrina, conforme posto no voto do relator, afirma que a causa especial de aumento prevista no § 1º do artigo 155 só se aplica ao furto simples, uma vez que sua posição topográfica inviabiliza a incidência sobre a forma qualificada prevista no § 4º do artigo 155 do Código Penal. Eis a dicção do referido dispositivo legal:

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

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

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 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.

(...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se

HC 122940 / PI

o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Essa linha de argumentação, considerando-se a posição topográfica dos dispositivos, não parece, por si só, suficiente a levar à conclusão de que essa aplicação é incompatível. Isso porque doutrina e jurisprudência são pacíficas em desconsiderar a localização da privilegiadora do § 2º do artigo 155 do CP, que vem antes das qualificadoras, para aplicá-la em concomitância ao furto qualificado (Súmula 511/STJ: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva”). Noutras palavras, caso a ordem desses dispositivos fosse realmente critério inflexível de interpretação, não seria legítimo o reconhecimento do furto qualificado privilegiado. Esse raciocínio impediria, também, a aplicação da privilegiadora disposta no § 1º do artigo 121 do Código Penal ao homicídio qualificado. E como se sabe, o Supremo Tribunal Federal não só entende que tal incidência é legítima, como tem o condão de afastar a hediondez do homicídio qualificado. Nessa linha, é o seguinte precedente:

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva). 2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto, dado que as qualificadoras do concurso de pessoas e da destreza em nada se mostram incompatíveis com: a) o fato de ser a acusada penalmente

HC 122940 / PI

primária; b) inexpressividade financeira da coisa subtraída. Precedentes de ambas as Turmas do STF: HCs 94.765 e 96.843, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); HC 97.051, da relatoria da ministra Cármen Lúcia (Primeira Turma); e HC 98.265, da minha relatoria (Primeira Turma). 3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP (HC 97034/MG, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 7/5/2010).

De outro lado, conforme atesta a doutrina penal (HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Vol. VII. 4ª ed. 1980, p. 29-30), “o que o Código tem em mira, com a maior punibilidade do furto noturno, é única e exclusivamente assegurar a propriedade móvel contra a maior precariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das pessoas para o repouso durante a noite. Critério estritamente objetivo”. Assim, qual seria a lógica de se punir mais gravemente a prática de furto simples cometido à noite e não se majorar a pena do crime praticado por dois agentes - qualificado pelo concurso de agentes - ocorrido no mesmo período e contra o mesmo objeto material, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é o patrimônio? Parece, portanto, que o raciocínio lastreado tão somente na ordem de apresentação do dispositivo se revela insuficiente para justificar a não aplicação da majoração da pena ao furto qualificado.

5. Do ponto de vista prático, também não seria possível apontar qualquer constrangimento ilegal apto à concessão do *habeas corpus*. É que, para sanar a apontada incoerência na impossibilidade de aplicação conjugada da causa de aumento de pena à forma qualificada do delito, o repouso noturno, mesmo sem configurar questão residual, deveria ser considerado na primeira fase da dosimetria, solução admitida pelo próprio voto do Ministro Relator.

Essa interpretação, de um lado, implicaria negativa à dogmática penal a respeito do critério trifásico de aplicação da pena (CP, art. 68), já que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, por apresentarem caráter residual, somente serão assim consideradas quando não puderem

HC 122940 / PI

incidir na forma de quaisquer das circunstâncias previstas em lei (qualificadoras/privilegiadoras, causas de aumento/diminuição ou circunstâncias agravantes/atenuantes).

Por outro lado, ainda que acatada essa tese, haveria a real possibilidade de se impor maior rigor na reprimenda fixada, com prejuízo ao sentenciado. Isso porque, enquanto causa de aumento de pena, o repouso noturno poderia elevar em até 1/3 a sanção imposta. E, caso considerado o furto em período noturno para desabonar quaisquer das circunstâncias judiciais da primeira fase da dosimetria (CP, art. 59), a proporção da elevação não estaria adstrita a critérios prefixados, de modo que, ao final do cálculo da pena, a reprimenda facilmente alcançaria patamar superior ao anteriormente estabelecido.

Embora não seja possível impor prejuízo à situação do paciente pela via do *habeas corpus*, é possível visualizar, a título meramente ilustrativo, que a pena-base no caso dos autos foi exasperada em 6 meses em decorrência da causa de aumento do § 1º do art. 155. A mesma circunstância do repouso noturno, se sopesado na primeira fase da dosimetria, poderá resultar num agravamento da sanção em montante superior, já que os patamares mínimo e máximo de apenação para o furto qualificado correspondem a 2 e 8 anos de reclusão. Em outras palavras, convalidar a tese representaria, em outras condições, perigo efetivo de piora da reprimenda imposta ao condenado.

Não bastasse, acentuado rigor na imposição da pena advindo de circunstância judicial negtivada teria o condão de influenciar diretamente na eventual fixação do regime inicial mais gravoso que o decorrente do *quantum* da pena, a teor do § 3º do artigo 33 do Código Penal, fator esse, mais uma vez, prejudicial à situação do apenado.

Em suma, distanciar-se do método tradicional de aplicação da pena, nem por questões utilitárias, representaria qualquer vantagem na aplicação do repouso noturno em momento diverso da dosimetria, de modo que a discussão, também sob esse prisma, perde maior relevo.

6. Finalmente, considerando que a avaliação dos vetores subjetivos

HC 122940 / PI

para conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito são basicamente os mesmos exigidos para a imposição da pena-base, é forçoso concluir que, extirpadas as circunstâncias judiciais negativas, existiria flagrante descompasso entre o que foi decidido em termos de pena e a negativa da referida benesse ao paciente. Nessa linha de consideração, há precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RHC 120247, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 11/3/2014; HC 105047, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 22/9/2011; RHC 114865, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 11/4/2013 e HC 124.489, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 25/3/2015, esse último assim ementado:

PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENADO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1. O Tribunal de Justiça local fixou a pena-base no mínimo legal, com a negativa de conversão da pena privativa de liberdade sob o fundamento genérico da gravidade do delito. Desse modo, e considerando que o exame dos vetores subjetivos para a substituição da reprimenda são basicamente os mesmos descritos no art. 59 do Código Penal, é forçoso concluir que existe descompasso entre o que foi decidido em termos de pena e os fundamentos utilizados para negar a benesse. 2. Ordem concedida para substituir a reprimenda corporal por sanções restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º), com a fixação das condições pelo juízo da execução (HC 124.489/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 25/3/2015).

7. Com essas considerações, acompanho o relator quanto à concessão da ordem. Entretanto, peço vênias ao Relator para denegá-la na parte em que concedida de ofício. É o voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 122.940

PROCED. : PIAUÍ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ÉDIO FERREIRA DE SOUSA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que julgava procedente o pedido e, outrossim, concedia de ofício a ordem, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia. **2ª Turma**, 16.09.2014.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que julgava procedente o pedido e, outrossim, concedia de ofício a ordem, e do voto da Ministra Cármen Lúcia que o denegava, pediu vista o Ministro Teori Zavascki. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 6.9.2016.

Decisão: A Turma, por maioria, julgou procedente o pedido para determinar que o juiz da condenação: a) refaça a dosimetria da pena, deixando de considerar na primeira fase a patente culpabilidade, o rompimento de obstáculo e os maus antecedentes como circunstâncias desfavoráveis; e b) substitua a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, nos termos do voto reajustado do Relator, vencida a Ministra Cármen Lúcia, que denegava a ordem. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 13.12.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Ravena Siqueira
Secretária