

01/06/2010

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 102.490 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
PACTE. (S) : JOSÉ JORGE CORREIA OU JOSÉ JORGE CORREA  
PACTE. (S) : CLÁUDIO JOVIANO VITORINO  
PACTE. (S) : CLÁUDIO SÉRGIO FERREIRA SOARES OU CLAUDIO  
SÉRGIO FERREIRA  
PACTE. (S) : JOÃO SANTOS BATISTA  
PACTE. (S) : VALDEMIR PEREIRA  
IMPTE. (S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
COATOR (A/S) (ES) : RELATOR DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº  
237918 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO RELATOR DO STJ. INADMISSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PARÁGRAFO 2º DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Como a decisão impugnada foi proferida monocraticamente pelo Relator, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal.

II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de não haver vedação legal para incidência do privilégio (CP, art. 155, § 2º) nos casos de furtos qualificados (CP, art. 155, § 4º).

III - Ordem concedida de ofício para reconhecer a incidência do privilégio no furto qualificado.

A C Ó R D ã O

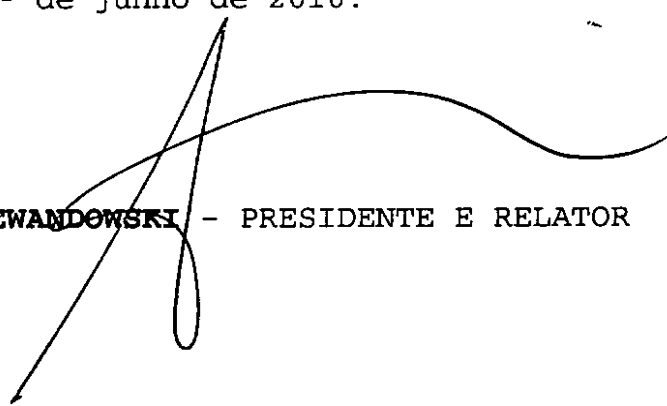
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na



HC 102.490 / SP

conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 1º de junho de 2010.



RICARDO LEWANDOWSKI - PRESIDENTE E RELATOR

01/06/2010

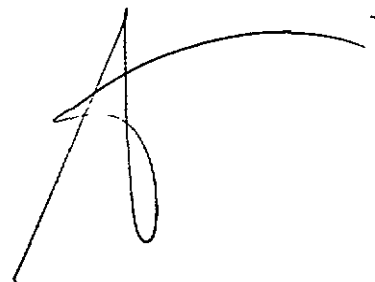
PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 102.490 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
PACTE. (S) : JOSÉ JORGE CORREIA OU JOSÉ JORGE CORREA  
PACTE. (S) : CLÁUDIO JOVIANO VITORINO  
PACTE. (S) : CLÁUDIO SÉRGIO FERREIRA SOARES OU CLAUDIO  
SÉRGIO FERREIRA  
PACTE. (S) : JOÃO SANTOS BATISTA  
PACTE. (S) : VALDEMIR PEREIRA  
IMPTE. (S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
COATOR (A/S) (ES) : RELATOR DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº  
237918 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública Federal em favor de JOSÉ JORGE CORREIA, CLÁUDIO JOVIANO VITORINO, CLÁUDIO SÉRGIO FERREIRA SOARES, JOÃO SANTOS BATISTA e VALDEMIR PEREIRA, contra decisão do Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 237.918/SP do Superior Tribunal de Justiça, que acolheu os embargos para dar provimento ao recurso especial, restaurando a sentença condenatória dos pacientes.



HC 102.490 / SP

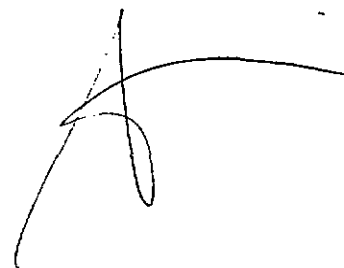
A impetrante narra, em suma, que os pacientes foram condenados pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Aduz, mais, que, contra a sentença condenatória, a defesa apelou ao Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao inconformismo defensivo e aplicou a minorante prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal.

Prossegue, informando que esse *decisum* foi mantido pela Sexta Turma do STJ, que negou provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, dando ensejo ao ajuizamento de embargos de divergência pelo *Parquet* Federal, ocasião em que o Ministro Arnaldo Esteves Lima acolheu os embargos para dar provimento ao recurso especial.

É contra essa última decisão que se insurge a impetrante.

Sustenta, em síntese, a "*possibilidade de aplicação da minorante do furto privilegiado, prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, à conduta do furto qualificado, prevista no § 4º do mesmo dispositivo*" (fl. 2).



HC 102.490 / SP

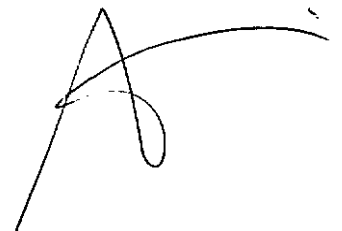
Assevera que a questão já foi examinada por esta Corte e menciona, em abono aos argumentos expendidos, diversos precedentes das duas Turmas deste Tribunal.

Argumenta, outrossim, que o princípio constitucional da individualização da pena determina a busca pela reprimenda mais adequada ao caso concreto, o que torna necessária a análise das circunstâncias fáticas, tais como "*a diferenciação entre aquele que furta bem de valor considerável e aquele que furta bem de valor quase insignificante*" (fl. 4).

Alega, ainda, que a aplicação da causa de diminuição de pena ao furto qualificado não encontra nenhuma vedação legal.

Requer, ao final, o deferimento de medida liminar para determinar a suspensão dos efeitos da decisão impugnada. No mérito, postula a concessão da ordem para restabelecer o acórdão proferido pelo Tribunal paulista.

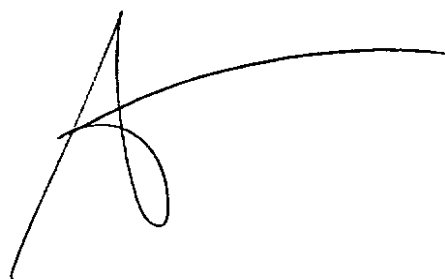
Em 3/2/2010, deferi o pedido de medida liminar e, por estarem os autos suficientemente instruídos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 52-54).



HC 102.490 / SP

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela concessão da ordem, declarando-se de ofício, a extinção de punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva (fls. 71-74).

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right.

01/06/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 102.490 SÃO PAULOV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Bem examinados os autos, tenho que é caso de não conhecimento da impetração, mas com concessão da ordem de ofício.

Eis o teor da decisão ora questionada:

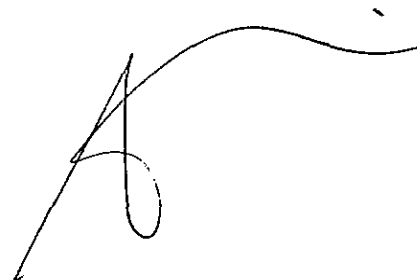
"Trata-se de embargos de divergência opostos pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra acórdão proferido pela Sexta Turma desta Corte, que negou provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 469):

PENAL. FURTO QUALIFICADO. FURTO PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE.

- É admissível, no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), a incidência do privilégio legal que autoriza a substituição da pena restritiva de liberdade por pena pecuniária, desde que presentes os pressupostos inscritos no art. 155, § 2º, do Estatuto Punitivo.

- A circunstância de situar-se o preceito benigno em parágrafo anterior ao que define o furto qualificado não afasta o favor legal dessa espécie delituosa.

- Recurso especial conhecido e desprovido.



HC 102.490 / SP

Sustenta o embargante divergência de entendimento entre a Quinta e a Sexta Turmas no que concerne à aplicabilidade ou não do privilégio constante no art. 155, § 2º, do CP, em face da incidência de circunstâncias qualificadoras.

Foi apresentada impugnação às fls. 515/520.

Passo a decidir.

Da análise dos autos, verifica-se que foi negado provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça que, em sede de apelação, admitiu a aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 2º do art. 155 do CP ao crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas (art. 155, § 4º, IV).

Cinge-se a matéria sobre a aplicabilidade ou não do privilégio previsto no art. 155, § 2º, do CP aos delitos de furto qualificado.

Conforme ressaltou o Min. Vicente Leal em seu voto condutor (fls. 463/465):

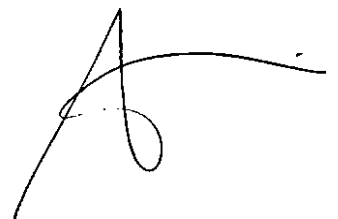
A questão posta em debate no presente recurso - a incompatibilidade do privilégio inscrito no art. 155, § 2º, do Código Penal, com o furto qualificado

- tem sido objeto de discussão e divergência no âmbito das duas Turmas que compõem a 3ª Seção deste Superior Tribunal.

Uma corrente afirma que na hipótese de furto qualificado é inadmissível o reconhecimento do favor legal que autoriza a substituição da pena restritiva de liberdade por pena pecuniária. Outra corrente adota posição contrária, acentuando a compatibilidade dos dois preceitos legais, seja, o § 2º com o § 4º, ambos do art. 155, do Estatuto Punitivo.

O posicionamento adotado pela Quinta Turma é de que não se aplica ao furto qualificado, a minorante prevista no § 2º, do art. 155, do Código Penal. (...)

Todavia, no julgamento do Recurso Especial nº 40.585-8/SP, após demorada reflexão sobre o tema, filiei-me à última corrente, que veio a predominar no âmbito





HC 102.490 / SP

dessa Turma. Naquele ensejo, acompanhei o pensamento do Ministro Adhemar Maciel, consolidado em voto vista que bem analisou a espécie.

Na verdade, não vejo qualquer incompatibilidade entre o § 2º e o § 4º do art. 155, do Código Penal. São preceitos distintos, que contém objetivos próprios. Não há qualquer razão jurídica ou lógica para se afastar, na hipótese de furto qualificado, a incidência do privilégio legal que autoriza a substituição da pena restritiva de liberdade por pena pecuniária, desde que presentes os pressupostos inscritos no art. 155, § 2º, do Estatuto Punitivo. Com efeito, quis o legislador evitar o encarceramento de réu primário, autor de furto de coisa de pequeno valor.

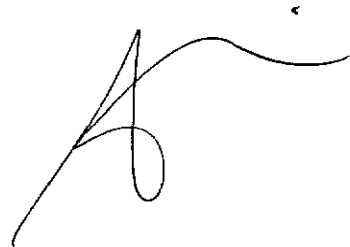
A circunstância de situar-se o preceito benigno em parágrafo anterior ao que define o furto qualificado não afasta o favor legal dessa espécie delituosa. Tenho que os parágrafos 1º e 2º do art. 155 contém preceitos gerais aplicáveis indistintamente aos diversos tipos de furto.

Com efeito, a matéria já foi pacificada pela Terceira Seção desta Corte Superior, conforme se denota do seguinte precedente:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FURTO QUALIFICADO. PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 155, § 2º, DO CÓD. PENAL (NÃO INCIDÊNCIA). PRECEDENTES. SÚMULA 168. APLICAÇÃO.

1. A jurisprudência da Terceira Seção firmou-se no sentido da impossibilidade da incidência do privilégio disposto no art. 155, § 2º, do Cód. Penal na hipótese de furto qualificado.

2. De acordo com a Súmula 168, 'não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado'.



HC 102.490 / SP

3. Agravo regimental improvido.  
(AGRG nos ERESp 932.844/RS, Rel. Min. NILSON NAVES, Terceira Seção, DJ 8/10/08)

É oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal admitiu tal possibilidade, conforme os precedentes a seguir:

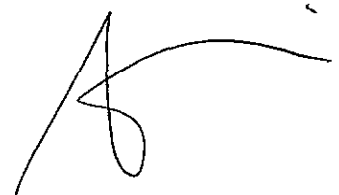
DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RÉU PRIMÁRIO. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 2º DO ART. 155 DO CP. ORDEM CONCEDIDA.

1. A questão tratada no presente writ diz respeito à possibilidade de aplicação do privilégio previsto no parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal ao crime de furto qualificado.

2. Considero que o critério norteador, deve ser o da verificação da compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 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, entendo possível a incidência do privilégio previsto no parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal, visto que, apesar do crime ter sido cometido em concurso de pessoas, o paciente é primário e a coisa furtada de pequeno valor.

4. Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus. (HC 96.843/MS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 24/4/09) HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO PRIVILEGIADO. QUALIFICADORAS. INCIDÊNCIA CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. ART. 155, § 2º, DO CP. A incidência de qualificadoras não impede o reconhecimento do furto privilegiado, desde que a pena não fique restrita à multa. Precedente. Ordem deferida para anular o acórdão do STJ, restabelecendo-se, em consequência, o acórdão do TJ/RS. (HC



HC 102.490 / SP

96.752/RS, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 14/8/09)

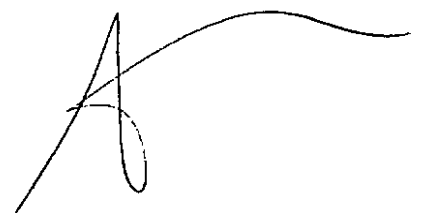
Não obstante tais precedentes da Suprema Corte, persisto, data venia, na convicção de que há incompatibilidade de se aplicar a causa especial de diminuição de pena do § 2º do art. 155 do CP ao crime de furto qualificado.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º, do CPC, c.c. 3º do CPP, acolho os embargos para, dando provimento ao recurso especial, restaurar a sentença condenatória" (fls. 6-8).

Com efeito, a decisão impugnada foi proferida monocraticamente pelo Relator no STJ. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal.

Entendo, contudo, ser caso de concessão da ordem de ofício, conforme passarei a demonstrar.

Neste writ, a impetrante questiona a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, por meio de embargos de divergência, reformou decisão que desprovia recurso especial interposto pelo Ministério Público estadual.



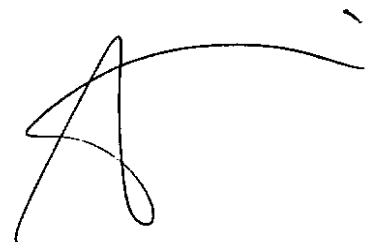
HC 102.490 / SP

Aduz a defesa, em síntese, que é possível a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, à conduta do furto qualificado, prevista nas hipóteses do § 4º do mesmo dispositivo.

Cumprе registrar, inicialmente, que a antiga jurisprudência desta Corte posicionava-se contrariamente à possibilidade de aplicação da minorante às hipóteses de furto qualificado, por considerar tais institutos incompatíveis entre si. Nesse sentido: HC 54.571, Rel. Min. Cunha Peixoto.

Entretanto, em recentes julgados, o Tribunal alterou seu entendimento para assentar a possibilidade da incidência do "privilégio" contido no § 2º do art. 155 do Código Penal, à conduta do furto qualificado. Nessa linha, cito, entre outros: HC 94.765/RS e HC 96.843/MS, ambos da relatoria da Ministra Ellen Gracie; HC 96.752/RS, Rel. Min. Eros Grau; HC 99.581/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 97.051/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 97.034/MG e HC 98.265/MS, ambos da relatoria do Ministro Ayres Britto.

Transcrevo, para melhor compreensão, o teor da ementa do HC 98.265/MS, da relatoria do eminente Ministro Ayres Britto:



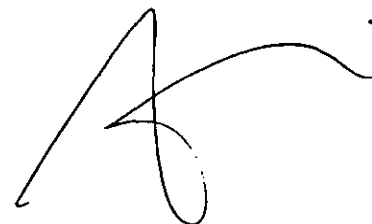
HC 102.490 / SP

"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**" (grifos meus).

Com efeito, restou consignado no julgado que o tipo penal de furto qualificado comporta a incidência do "privilégio", em sendo o acusado primário e a coisa subtraída de pequeno valor.

No caso sob exame, extraio da sentença que os pacientes foram condenados a reprimendas que variam de dois a seis anos de reclusão, nos regimes aberto e semiaberto, pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, inc. IV, do CP), em razão de

"no ano de 1992, em data não determinada(...), agindo em conjunto e com unidades de propósitos, subtraíram, para si, quinze aparelhos de vídeo game, da marca Milmar, pertencentes à empresa San Rafael Transportadora Rodoviária Ltda." (fl. 24).



HC 102.490 / SP

Verifico, ainda, como bem destaca o *Parquet Federal*, que a discussão cinge-se apenas à possibilidade de aplicação da minorante ao furto qualificado, nada se questionando quanto ao preenchimento ou não dos requisitos para a configuração do furto privilegiado, situação já debatida na instância a quo.

Por oportuno, transcrevo trecho do parecer do MPF:

*"Observo que a questão suscitada no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça estava restrita à discussão da admissibilidade do furto qualificado-privilegiado. Portanto, não estão mais em discussão o pequeno valor e os antecedentes dos pacientes, pressupostos do furto privilegiado afirmados, em última instância, pelo Tribunal local".*

Deste modo, o entendimento adotado nos precedentes referidos, aplica-se perfeitamente à hipótese dos autos.

Por outro lado, verifico que a jurisprudência da Corte é pacífica quanto à possibilidade de reconhecer-se o privilégio no furto qualificado, e até mesmo no crime de homicídio, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias (HC 89.921/PR, Rel. Min. Ayres Britto).



HC 102.490 / SP

Ora, se até na figura típica do homicídio é possível aplicar-se o privilégio à figura qualificada, da mesma forma deve-se entender que é possível a incidência do § 2º do art. 155. do Código Penal ao furto qualificado, porquanto não há qualquer incompatibilidade teórica ou legal entre a figura privilegiada e as qualificadoras.

Sendo assim, considerado que os pacientes são primários e os objetos furtados de pequeno valor, é de rigor a incidência do furto privilegiado.

Esse entendimento já é assente na doutrina. Nessa linha, transcrevo abaixo trechos de obras de Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bitencourt respectivamente:

*"(...), ao se cuidar do privilégio não se está tratando de duas causas de aumento, mas de uma diminuição incidindo sobre um tipo qualificado (que já configura, por si só, um aumento). Assim, não vemos razão para punir o réu primário, que subtraiu coisa de pequeno valor, valendo-se de escalada, com a mesma pena daquele que subtraiu coisa de elevado valor, utilizando o mesmo expediente. São situações diferentes, que merecem o cuidado de aplicações diferenciadas quanto à reprimenda: para um, a pena de dois anos, diminuída de um a dois terços; para o segundo, a pena de dois anos, sem qualquer diminuição".<sup>1</sup>*

---

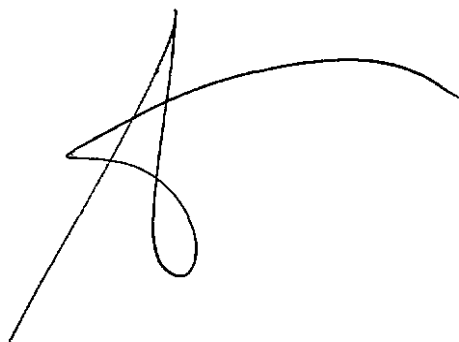
<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 727.



HC 102.490 / SP

"Não há nenhuma razão lógica, metodológica ou científica para que um tipo fundamental de crime possa receber a incidência ora de privilegiadora ora de qualificadora, mas nunca de ambas. Quando determinado crime satisfizer, in concreto, os requisitos legais exigíveis para caracterizar a privilegiadora, como é o caso da primariedade e do pequeno valor da coisa furtada, se incidir, ao mesmo tempo, alguma qualificadora, não há fundamento jurídico que autorize a não-aplicação da privilegiadora".<sup>2</sup>

Com essas considerações, não conheço desta impetração, mas concedo a ordem de ofício para reconhecer a possibilidade de aplicação da incidência da causa de diminuição de pena do § 2º do art. 155, nas hipóteses de furto qualificado, previstas no § 4º, art. 155, do Código Penal, devendo o juiz da execução pronunciar-se sobre a ocorrência de eventual prescrição, à luz dos autos originários.



---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial*. 3.v. 5. ed. São Paulo: 2009, p. 21. v. 3



**PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 102.490**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

PACTE.(S) : JOSÉ JORGE CORREIA OU JOSÉ JORGE CORREA

PACTE.(S) : CLÁUDIO JOVIANO VITORINO

PACTE.(S) : CLÁUDIO SÉRGIO FERREIRA SOARES OU CLAUDIO SÉRGIO FERREIRA

PACTE.(S) : JOÃO SANTOS BATISTA

PACTE.(S) : VALDEMIR PEREIRA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 237918 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 1º.06.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão o Ministro Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Fabiane Duarte  
Coordenadora