



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.137 - SP (2018/0193022-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO AUGUSTO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE FOLHA DE ANTECEDENTES. INVIÁVEL APRECIÇÃO DA ALEGADA ILEGALIDADE COMETIDA PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA MULTIRREINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito.

4. *In casu*, depreende-se dos autos que houve arrombamento da porta da sala para acesso do paciente ao interior da residência, de acordo com a palavras da própria vítima, de testemunhas, associadas à confissão do réu, que permitem o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, sem que se possa falar em ofensa ao art. 171 do CPP. Isso porque o exame pericial ficou prejudicado pela desaparecimento dos vestígios do corpo de delito, haja vista o reparo realizado na fechadura pela vítima, dada a inviabilidade de esperar pela perícia, deixando desguarnecida a residência, que funciona igualmente como consultório odontológico. Outrossim, conquanto o laudo ateste a inoperância da fechadura dos fundos, tal fato não seria suficiente, segundo se constatou do arcabouço probatório, para concluir pela não ocorrência do arrombamento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto as demais provas encontram-se em sentido contrário. De qualquer modo, alterar a conclusão sobre a ocorrência do arrombamento, decorrente da valoração das provas, inserir-se-ia no contexto de revolvimento fático-probatório, o que é inviável nesta sumária via.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

6. Contrariamente ao que foi alegado pelo impetrante, as instâncias ordinárias individualizaram as três condenações transitadas em julgado, utilizadas para desabonar os antecedentes e, da mesma forma, aquelas duas, para agravar a pena em 1/3, sob o título de reincidência. Como o rito especial do *habeas corpus* exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar cabalmente o excesso das instâncias inferiores, em razão de eventual *bis in idem*, até porque o *dominus litis* não se manifesta em *habeas corpus*. Não fosse assim, qualquer alegação de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do *thema decidendum* da ação penal seria presumida verdadeira, sem o confronto do titular da ação penal. Por conseguinte, ausentes as folhas de antecedentes, o inadimplemento no cumprimento do ônus processual do impetrante culmina na não comprovação de ilegalidade dos fatos utilizados como antecedentes e para a multirreincidência, todos atestados na sentença condenatória e no acórdão impugnado.

7. O concurso entre circunstâncias agravante e atenuante de idêntico valor redundava em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena. Outrossim, a Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

8. No caso, conquanto a reincidência específica não obste a requerida compensação, o Tribunal de origem constatou haver multirreincidência a ser valorada na segunda fase da dosimetria, conclusão essa que não pode ser infirmada diante da deficiência da instrução dos autos, pois o impetrante olvidou-se de acostar cópia dos antecedentes do ora paciente. Nesse contexto, deve prevalecer a constatada multirreincidência sobre a confissão espontânea.

9. Não há, pois, ilegalidade na dosimetria da pena, porque se evidencia na pena fixada que as instâncias ordinárias consideraram a atenuante da confissão na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda etapa do modelo trifásico, tendo em vista que, de fato, a confissão foi utilizada como fundamento da sentença condenatória e do acórdão, claramente servindo de elemento de convicção, mesmo que parcial, da materialidade e autoria do crime. Tratando-se de dois fatos ensejadores de multirreincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com um deles, remanescendo, pois, exasperação de 1/6 na segunda fase de dosimetria da pena.

10. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.137 - SP (2018/0193022-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO AUGUSTO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **THIAGO AUGUSTO DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 30 dias-multa, no piso, pela prática do crime do art. 155, § 4º, I, do Código Penal (e-STJ, fls. 25-30).

O Colegiado de origem negou provimento à apelação defensiva, tendo, porém, de ofício, reduzido a pena de multa para 20 dias multa, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. Rompimento de obstáculo. Prisão em flagrante. Materialidade e autoria comprovadas. Solução condenatória não impugnada pelas partes. Rompimento de obstáculo evidenciado pela robusta prova oral e confissão do agente, decorrendo o resultado inconclusivo da perícia do imediato reparo realizado na porta de acesso ao imóvel palco dos fatos. APENAMENTO. “*Bis in idem*”. Inocorrência. Multiplicidade de condenações suportadas pelo agente, sendo uma delas considerada para delinear a reincidência. Acréscimo mais expressivo diante da basilar e em razão da agravante reconhecida que guarda proporção com a variedade de condenações consideradas em cada uma das etapas da individualização, todas decorrentes do cometimento de delitos idênticos. Confissão observada em razão da inegável situação de flagrância que em nada contribuiu para o deslinde probatório, algo incompatível com a atenuante genérica, igualmente inaplicável diante da reincidência. Precedentes da Suprema Corte (competente para “dizer” o Direito em última instância) apontando ser a recidiva circunstância subjetiva de maior prevalência, mormente em se tratando de reincidência específica. Inteligência do artigo 67 do Código Penal. Quadro adverso condizente com o regime prisional fechado. Recurso improvido, retificada a pena de multa de ofício." (e-STJ, fls. 40-41).

Neste *writ*, alega a impetrante que 'o laudo pericial não atestou a existência de vestígios de arrombamento. Ademais, além das testemunhas e mesmo a confissão do réu serem inservíveis para afastar a necessidade de laudo pericial (e que ateste o rompimento de obstáculo), é evidente que o mero “forçar” a porta para ingressar no local (fala da vítima em solo policial) não caracteriza a qualificadora. Bem por isso não houve qualquer menção no laudo a eventual dano específico ou mesmo já reparado pela vítima' (e-STJ, fl. 6).

Aduz que "o Juízo de Primeiro Grau, em indistigável *bis in idem*, utilizou as mesmas condenações penais tanto para aumentar a pena-base na primeira fase da dosimetria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quanto para aplicar a agravante da reincidência" (e-STJ, fl. 7).

Ao final, requer a concessão da ordem para que seja afastada a qualificadora do arrombamento e a circunstância judicial dos antecedentes, bem como compensada a reincidência com a confissão espontânea.

Requerimento de tutela provisória de urgência indeferido (e-STJ, fl. 59).

O Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 65-71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.137 - SP (2018/0193022-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO AUGUSTO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE FOLHA DE ANTECEDENTES. INVIÁVEL APRECIÇÃO DA ALEGADA ILEGALIDADE COMETIDA PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA MULTIRREINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito.

4. *In casu*, depreende-se dos autos que houve arrombamento da porta da sala para acesso do paciente ao interior da residência, de acordo com a palavras da própria vítima, de testemunhas, associadas à confissão do réu, que permitem o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, sem que se possa falar em ofensa ao art. 171 do CPP. Isso porque o exame pericial ficou prejudicado pela desaparecimento dos vestígios do corpo de delito, haja vista o reparo realizado na fechadura pela vítima, dada a inviabilidade de esperar pela perícia, deixando desguarnecida a residência, que funciona igualmente como consultório odontológico. Outrossim, conquanto o laudo ateste a inoperância da fechadura dos fundos, tal fato não seria suficiente, segundo se constatou do arcabouço probatório, para concluir pela não ocorrência do arrombamento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto as demais provas encontram-se em sentido contrário. De qualquer modo, alterar a conclusão sobre a ocorrência do arrombamento, decorrente da valoração das provas, inserir-se-ia no contexto de revolvimento fático-probatório, o que é inviável nesta sumária via.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

6. Contrariamente ao que foi alegado pelo impetrante, as instâncias ordinárias individualizaram as três condenações transitadas em julgado, utilizadas para desabonar os antecedentes e, da mesma forma, aquelas duas, para agravar a pena em 1/3, sob o título de reincidência. Como o rito especial do *habeas corpus* exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar cabalmente o excesso das instâncias inferiores, em razão de eventual *bis in idem*, até porque o *dominus litis* não se manifesta em *habeas corpus*. Não fosse assim, qualquer alegação de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do *thema decidendum* da ação penal seria presumida verdadeira, sem o confronto do titular da ação penal. Por conseguinte, ausentes as folhas de antecedentes, o inadimplemento no cumprimento do ônus processual do impetrante culmina na não comprovação de ilegalidade dos fatos utilizados como antecedentes e para a multirreincidência, todos atestados na sentença condenatória e no acórdão impugnado.

7. O concurso entre circunstâncias agravante e atenuante de idêntico valor redundava em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena. Outrossim, a Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

8. No caso, conquanto a reincidência específica não obste a requerida compensação, o Tribunal de origem constatou haver multirreincidência a ser valorada na segunda fase da dosimetria, conclusão essa que não pode ser infirmada diante da deficiência da instrução dos autos, pois o impetrante olvidou-se de acostar cópia dos antecedentes do ora paciente. Nesse contexto, deve prevalecer a constatada multirreincidência sobre a confissão espontânea.

9. Não há, pois, ilegalidade na dosimetria da pena, porque se evidencia na pena fixada que as instâncias ordinárias consideraram a atenuante da confissão na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda etapa do modelo trifásico, tendo em vista que, de fato, a confissão foi utilizada como fundamento da sentença condenatória e do acórdão, claramente servindo de elemento de convicção, mesmo que parcial, da materialidade e autoria do crime. Tratando-se de dois fatos ensejadores de multirreincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com um deles, remanescendo, pois, exasperação de 1/6 na segunda fase de dosimetria da pena.

10. *Habeas Corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excerto do acórdão impugnado:

"A propósito, ao contrário do sustentado pelo Defensor Público, nítido o rompimento de obstáculo, algo evidenciado pelo relato da vítima na Delegacia dando conta de que o acesso ao interior da residência se deu através de arrombamento da porta da sala.

Embora não reproduzido em juízo, o relato do proprietário do imóvel serve para reforçar o lúcido convencimento a respeito da qualificadora em realce, porquanto em conformidade com o restante da prova produzida sob a garantia do contraditório, destacados os coerentes testemunhos dos policiais militares e, ainda, a confissão de THIAGO a respeito da violação da porta de acesso ao imóvel, quadro que em nada contraria a regra consubstanciada no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Sob diverso enfoque, extrai-se do laudo de perícia realizada no local (fls. 188/191) que a aferição do dano ficou prejudicada em razão do reparo realizado na porta de entrada ao imóvel, situação plenamente natural, porquanto não seria razoável esperar que o morador da casa (onde também funcionava um consultório odontológico) a deixasse desguarnecida e suscetível à ação oportunista de outros marginais até a realização do exame, isso depois de já haver sido despojada de seus pertences, sendo a prova oral, neste caso, suficiente para suprir a diligência técnica (artigo 158 do Código de Processo Penal).

Malgrado o laudo noticie haver uma segunda porta de acesso ao imóvel, então apresentando fechadura “inoperante” (o que facilitaria o ingresso ao local), destaca-se convergir os relatos no sentido de a entrada do agente ter sido “forçada”, através de arrombamento da porta da frente, a mesma indicada no laudo como objeto de reparo imediato.

[...]

No tocante à individualização do “castigo”, observou o julgador singular ostentar o apelante cinco condenações pretéritas e definitivas por outros furtos, no caso observadas nas certidões a fls.

200, 201, 202, 203 e 223, salientando considerar parte delas como circunstância judicial desfavorável (antecedentes negativos) e as demais, para delinear a recidiva específica, de modo a fixar a pena-base em metade (1/2) acima do mínimo legal, vale dizer, três (3) anos de reclusão, com pecuniária erroneamente imposta no importe de vinte (20) dias-multa, quando o correto seria a multa correspondente a quinze (15) diárias, segundo idêntico critério adotado em face da corporal, equívoco agora corrigido.

Conquanto não tenha o magistrado especificado quais as condenações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sopesadas em cada uma das etapas do cálculo, rápida análise da documentação aludida e, ainda, da folha de antecedentes juntada a fls. 123/129, permite constatar que aquelas indicadas a fls. 200 (execução sob o nº. 03), 202 (execução sob o nº. 02 fls. 136) e 223 foram alcançadas pelo quinquênio depurador contemplado no artigo 64, I, do Código Penal, enquanto as remanescentes (fls. 201 e 203, atinentes às execuções sob os nº. 05 e 06) se referem a títulos “indultados” em data bastante próxima ao delito (com a correlata expedição de alvará de soltura ocorrida menos de dois meses antes da prisão em flagrante pelo ilícito sob análise), traduzindo estas a reincidência específica.

Convém ponderar que, diante da diversidade de condenações suportadas pelo agente (parte delas alcançada pelo quinquênio depurador, repita-se), nada impede o julgador de considerar apenas algumas delas para denotar a recidiva, sopesando as demais na fase inicial da individualização prevista no artigo 68 do Código Penal, sem se verificar violação ao “ne bis in idem”, algo até mesmo lógico, consoante inúmeros pronunciamentos das Cortes Superiores.

[...]

Feita a ressalva, pontue-se que o acréscimo aplicado diante da basilar não se mostrou exagerado, aqui repisada a existência de pelo menos três condenações pretéritas indicando antecedentes desabonadores por crimes idênticos, sem se ignorar o fato de THIAGO ter sido beneficiado com o perdão estatal menos de dois meses antes de voltar a delinquir, isso depois de mais de uma década de “idas e vindas” pelo sistema prisional, tudo a revelar completa ausência de absorção da terapêutica penal e menoscabo para com o ordenamento jurídico pátrio.

Já na segunda etapa da dosimetria, em razão das duas condenações denotando a recidiva específica (fls. 201 e 203), majorou-se a pena de um terço (1/3), de modo a perfazer o “castigo” definitivo de quatro (4) anos de reclusão, com multa agora retificada para vinte (20) diárias, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.

Aqui, registre-se, também, que a dupla reincidência específica justificaria acréscimo ainda superior àquele conferido em primeiro grau, mormente porque a agravante indica não haver o acusado notado as consequências de seus atos, tanto que voltou a delinquir de forma idêntica, demonstrando inaceitável recalcitrância à emenda.

[...]

Ademais, pondere-se ter o julgador singular se olvidado da existência de terceiro apontamento do mesmo desvendando a reincidência condenação pretérita e definitiva por roubo indicada na folha de antecedentes (feito criminal sob o nº. 0027197- 91.2011.8.26.0050 atinente à execução nº. 04 fls. 137), quadro também indicador da imprescindibilidade de recrudesimento mais gravoso do “castigo” nesta etapa intermediária da individualização, considerada a preocupante predileção de THIAGO pela reiteração de crimes contra o patrimônio a evidenciar personalidade desvirtuada e adoção da senda criminosa como verdadeiro meio de subsistência.

De outra parte, incogitável a redução da reprimenda pela confissão, na hipótese observada somente em virtude da inegável situação de flagrância, sem nada contribuir à elucidação da verdade real.” (e-STJ, fls. 43-49).

A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direto.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL REALIZADO. RESULTADO INCONCLUSIVO. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. VÍTIMA QUE PRONTAMENTE REPAROU A FECHADURA DA PORTA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva de habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que somente é possível a substituição da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo por outros meios de prova quando o delito não deixa vestígios, estes tenham desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. No caso, o conserto imediato da porta do estabelecimento comercial pela vítima levou ao desaparecimento da maioria dos vestígios. Ainda assim, a perícia foi realizada e, embora inconclusiva, nela se constatou dano causado na fechadura, o que justifica, com os demais elementos de prova (confissão e prova testemunhal), o reconhecimento da qualificadora em exame.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 369.140/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 1/8/2017, grifou-se).

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, para reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se (a) o delito não deixar vestígios; (b) os vestígios deixados desapareceram; ou (c) as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

In casu, depreende-se dos autos que houve arrombamento da porta da sala para acesso do paciente ao interior da residência, de acordo com a palavras da própria vítima, de testemunhas, associadas à confissão do réu, que permitem o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, sem que se possa falar em ofensa ao art. 171 do CPP. Isso porque o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame pericial ficou prejudicado pelo desaparecimento dos vestígios do corpo de delito, haja vista o reparo realizado na fechadura pela vítima, dada a inviabilidade de esperar pela perícia, deixando desguarnecida a residência, que funciona igualmente como consultório odontológico. Outrossim, conquanto o laudo ateste a inoperância da fechadura dos fundos, tal fato não seria suficiente, segundo se constatou do arcabouço probatório, para concluir pela não ocorrência do arrombamento, porquanto as demais provas encontram-se em sentido contrário. De qualquer modo, alterar a conclusão sobre a ocorrência do arrombamento, decorrente da valoração das provas, inserir-se-ia no contexto de revolvimento fático-probatório, o que é inviável nesta sumária via.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA. DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. QUALIFICADORA MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, quando a conduta deixar vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável à comprovação da materialidade do crime. Contudo, o laudo pericial poderá ser substituído por outros elementos de prova, desde que os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos.

2. Na espécie, o aresto combatido faz expressa menção ao desaparecimento dos vestígios da conduta, o que inviabilizou a realização de perícia no local, em razão do furto do cadeado e da corrente que trancavam a bicicleta objeto do crime, revelando-se, pois, viável a comprovação da qualificadora através de outros meios de prova, inclusive o depoimento do ofendido. 3. Assim, impõe-se a manutenção da decisão agravada, que ratificou a incidência da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo.

4. Agravo improvido" (AgRg no AREsp 1221770/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/5/2018, DJe 1/6/2018, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DESAPARECIMENTO DE VESTÍGIO. ADMISSÃO DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PARA COMPROVAÇÃO DA QUALIFICADORA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, nos casos **em que o rompimento de obstáculo não deixa vestígios, bem como nas hipóteses em que os vestígios materiais são insuficientes ou não mais subsistem no momento da apuração da prática delitiva, a qualificadora em questão pode ser atestada com base em outros elementos probatórios, que não o laudo pericial.**

2. Na espécie, a instância antecedente entendeu pela impossibilidade de realização da perícia técnica, em razão da necessidade de reparo do vidro quebrado, essencial para a segurança do veículo, a fim de evitar o risco de ser novamente furtado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 309.044/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017, grifou-se).

Não merece prosperar a alegação de *bis in idem* dos antecedentes com a reincidência.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. CONDENAÇÕES DIVERSAS.

[...]

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos, como na hipótese dos autos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 1.267.904/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/06/2018)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS HÁBEIS A JUSTIFICAREM OS MAUS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COMPENSAÇÃO. INTEGRAL. POSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). LEI N. 13.654/18. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. APLICAÇÃO EM BENEFÍCIO DO RÉU. REGIME FECHADO. ADEQUADO. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA (ART. 33, §2º E §3º, CP) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel.

Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - Não incorreu em bis in idem as instâncias ordinárias ao decidir pela valoração negativa da circunstancia judicial referente aos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena, aplicando também a agravante da reincidência na segunda fase, uma vez que o paciente possui mais de uma condenação transitada em julgado. Este entendimento está em sintonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que entendem ser possível a exasperação da reprimenda nas duas primeiras fases da dosimetria no caso de mais de uma condenação passada em julgado.

IV - A Terceira Seção desta Corte, no recente julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

V - A Lei n. 13.654/18 retirou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de novatio legis in melius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, deve retroagir para beneficiar o réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF e do art. 2º, parágrafo único, do CP. VI - O emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem, o que não se verifica no caso em análise.

VII - A despeito do montante final da pena autorizar, a princípio, o regime aberto, depreende-se da dosimetria realizada que o paciente ostenta maus antecedentes e reincidência, o que justifica a agravamento do regime prisional, para o fechado, consoante orientação do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 476.385/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018, grifou-se)

No caso, contrariamente ao que foi alegado pelo impetrante, as instâncias ordinárias individualizaram as três condenações transitadas em julgado utilizadas para desabonar os antecedentes e as outras duas que justificaram o agravamento da pena em 1/3, sob o título de reincidência. Como o rito especial do *habeas corpus* exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar cabalmente o excesso das instâncias inferiores, em razão de eventual *bis in idem*, até porque o *dominus litis* não se manifesta em *habeas corpus*. Não fosse assim, qualquer alegação de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do *thema decidendum* da ação penal seria presumida verdadeira, sem o confronto do titular da ação penal. Por conseguinte, ausentes as folhas de antecedentes, o inadimplemento no cumprimento do ônus processual do impetrante culmina na não comprovação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ilegalidade dos fatos utilizados como antecedentes e para a multirreincidência, todos atestados na sentença condenatória e no acórdão impugnado.

Por fim, sem razão quanto à pretensão de compensação da multirreincidência com a confissão espontânea.

O concurso entre circunstâncias agravante e atenuante de idêntico valor redundava em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.

Outrossim, a Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

A fim de corroborar o referido entendimento, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação.

3. No caso, a confissão do paciente, mesmo que parcial, somada às outras provas constantes dos autos, foi determinante para o reconhecimento da autoria e consequente condenação.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

5. Na espécie, trata-se de réu multirreincidente, razão pela qual admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e redimensionar a pena do paciente."

(HC 334.889/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/11/2015, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito do apelo extremo. (Súmula 7/STJ).

II - Inaplicável ao crime de roubo a causa supralegal de exclusão da ilicitude por tratar-se de delito que ofende o patrimônio e a integridade física da vítima, evidenciando maior grau de ofensividade, periculosidade e reprovabilidade da conduta, aptas a afastar a bagatela.

III - Conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta eg. Corte, muito embora se reconheça a compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu multirreincidente, a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a multirreincidência exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a atenuante.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 585.654/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, E ART. 70, CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 332.211/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/02/2016).

No caso, conquanto a reincidência específica não obste a requerida compensação, o Tribunal de origem constatou haver multirreincidência a ser valorada na segunda fase da dosimetria, conclusão essa que não pode ser infirmada diante da deficiência da instrução dos autos, pois o impetrante olvidou-se de acostar cópia dos antecedentes do ora paciente. Nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contexto, deve prevalecer a constatada multirreincidência sobre a confissão espontânea.

Não há, pois, ilegalidade na dosimetria da pena, porque se evidencia na pena fixada que as instâncias ordinárias consideraram a atenuante da confissão na segunda etapa do modelo trifásico, tendo em vista que, de fato, a confissão foi utilizada como fundamento da sentença condenatória e do acórdão, claramente servindo de elemento de convicção, mesmo que parcial, da materialidade e autoria do crime. Tratando-se de dois fatos ensejadores de multirreincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com um deles, remanescendo, pois, exasperação de 1/6 na segunda fase de dosimetria da pena. Destarte, incidindo esse aumento sobre o intervalo em abstrato do crime de furto qualificado (6 anos), haja vista que superior à pena-base fixada (3 anos), chega-se à pena definitiva de 4 anos de reclusão, considerando ausentes causas de aumento ou diminuição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0193022-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 462.137 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016966220168260535 16966220168260535 17962016 20180000063442

EM MESA

JULGADO: 02/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO AUGUSTO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.