



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.963 - SP (2016/0158699-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALMIR MENDES LOURENCO

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA VÁLIDA. LAUDO JUNTADO AOS AUTOS A DESTEMPO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Nos termos do entendimento desta Corte, mostra-se necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos.
3. *In casu*, diante da ausência de prova pericial válida, já que juntada a destempo, após a prolação da sentença condenatória, a prova testemunhal, bem como a perícia das ferramentas utilizadas para romper o obstáculo não são aptas a supri-la.
4. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.
5. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico, fato que justifica o incremento da pena, em um terço, na segunda fase da dosimetria.
6. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.
7. *Writ* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo, com a consequente redução da pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 10 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.963 - SP (2016/0158699-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALMIR MENDES LOURENCO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de VALMIR MENDES LOURENCO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0029756-79.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso I, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado.

A defesa, insatisfeita, interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim sintetizado:

EMENTA: Tentativa de furto qualificado por rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, c.c. o art 14, II, ambos do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável Posse da 'res furtiva'. Palavras coerentes e incriminatórias de representante da vítima e de testemunhas Policiais Militares. Versões exculpatórias inverossímeis. Inexistência de fragilidade probatória. Qualificadora presente. Condenação imperiosa. Responsabilização necessária. Apenamento criterioso. Péssimo passado criminoso. Personalidade reprovável. Reincidência caracterizada. Majorações necessárias. Redução pelo 'conatus' bem operada. Impossibilidade de maior redução ante o 'iter criminis' percorrido. Critério da origem respeitado. Regime fechado único possível. Substituição da corporal obstada. Apelo improvido.

No presente *mandamus*, sustenta a impetrante, inicialmente, o cabimento deste *writ*, por ser o meio mais efetivo de proteção à liberdade.

Alega que o magistrado sentenciou o feito "sem que fosse juntado aos autos qualquer perícia apta a atestar a destruição de obstáculo" e que, "sendo infração que deixa vestígios, indispensável laudo pericial". Aduz que, no caso, antes da sentença havia sido acostado somente o laudo das ferramentas apreendidas e que o "laudo apto a comprovar o rompimento de obstáculo apenas foi juntado após a apelação". Sustenta, em síntese, que, uma vez ausente o laudo pericial, de rigor o afastamento da qualificadora supramencionada, restado a condenação pelo furto simples tentado".

Insurge-se, ainda, contra a exasperação da pena-base, sublinhando que "os maus antecedentes configuram apenas uma circunstância judicial analisada negativamente".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defende a redução da fração aplicada em razão da reincidência, argumentando que "há apenas uma condenação definitiva apta a ensejar a configuração da reincidência".

Por fim, asseve que "a redução da pena definitiva em razão da tentativa deve ser de 2/3 porque o paciente foi abordado pelo ofendido ainda no local dos fatos, ou seja, sequer retirou qualquer objeto da residência", ou seja, o "*iter criminis* foi interrompido em sua etapa inaugural".

Requer, liminarmente e no mérito, que seja determinada a redução da pena imposta, desclassificando-se a conduta para furto simples tentado.

O pedido liminar foi indeferido às 94-96.

As informações foram juntadas às fls. 102-124 e 131-178.

O ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 183-188, da lavra do Subprocurador-Geral da República José Adonis Callou de Araújo Sá, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.963 - SP (2016/0158699-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA VÁLIDA. LAUDO JUNTADO AOS AUTOS A DESTEMPO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. *QUANTUM* DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Nos termos do entendimento desta Corte, mostra-se necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos.
3. *In casu*, diante da ausência de prova pericial válida, já que juntada a destempo, após a prolação da sentença condenatória, a prova testemunhal, bem como a perícia das ferramentas utilizadas para romper o obstáculo não são aptas a supri-la.
4. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.
5. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico, fato que justifica o incremento da pena, em um terço, na segunda fase da dosimetria.
6. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.
7. *Writ* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo, com a consequente redução da pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Para o melhor deslinde da questão relativa ao afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculos, impende consignar o teor da sentença condenatória:

A autoria criminosa atribuída ao réu, assim como a materialidade delitiva, ficaram demonstradas: a) pelas circunstâncias da prisão em flagrante (A.P.F.D. de fls. 02 e seg.); b) pelas declarações do corretor de imóveis de nome José Aparecido Rodrigues que surpreendeu o acusado dentro da casa, após haver estourado o cadeado, sendo que o réu já havia retirado o espelho do banheiro, estando a fazer uso de uma chave de fenda e de uma picareta sem cabo, para arrancar uma janela; c) pelos depoimentos prestados pelos PMs, aos quais o réu confirmou que realmente iria subtrair os pertences (fls. 03 e 05); d) pelo teor do B.O. de fls. 09/11; pelo A.E.A. de fls. 12/13, sendo apreendidas as ferramentas e os utensílios que o réu separou para furtar; e) pelo Auto de Avaliação de fls. 14/15; f) pelo Auto de Entrega de fls. 16; e g) **pela perícia das ferramentas que o réu usou para "estourar" o cadeado, invadir o local e arrancar os utensílios, como espelho de banheiro e janelas (fls. 58/59)**. Apesar do réu ter procurado negar a imputação, constata-se que a prova colhida nas duas fases procedimentais deixou clara a prática do delito. Ficou perfeitamente apurado que a residência situada no local dos fatos encontrava-se desabitada e à venda, sendo que o corretor de imóveis, de nome José Aparecido Rodrigues, havia sido incumbido pelo proprietário de intermediar a venda junto a terceiros. Como no dia anterior aos fatos, o imóvel já havia sido invadido e subtraída uma pia de cozinha, José Aparecido, notando que o ingresso na residência deu-se em razão da ruptura de um cadeado e da fechadura da porta da sala, substituiu estes. Ocorre que, na data dos fatos, o acusado dirigiu-se ao local em poder de uma chave de fenda e uma picareta, danificou o cadeado e a fechadura da porta da sala, obtendo acesso ao interior da imóvel. **A apreensão das ferramentas que o réu fazia uso (fls. 12/13), a perícia complementar (fls. 58/59) e a prova oral amealhada, demonstraram a contento a qualificadora do rompimento/destruição de obstáculo para subtração dos pertences**. Ademais, certo é que já no interior da casa, o réu logrou retirar da parede um espelho de banheiro e separá-lo a fim de levá-lo. Ainda no interior do imóvel, o réu passou a desferir golpes com a picareta na janela de alumínio de um dos quartos a fim de removê-la e subtraí-la, juntamente com o espelho. Mas José Aparecido, ao passar pelo local, estranhou o fato de a casa encontrar-se aberta. O ofendido nela ingressou e surpreendeu o acusado desferindo golpes de picareta na janela de alumínio para removê-la, sendo que o espelho de banheiro já havia sido retirado da parede e encontrava-se pronto para ser levado. (fls. 43-44).

Colhe-se do aresto impugnado:

E a qualificadora restou amplamente demonstrada, não apenas em toda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a prova oral coligida nos autos, como também no exame pericial das ferramentas apreendidas com o acusado, além das circunstâncias de danificação do cadeado, tudo a comprovar o rompimento de obstáculo, sem sombra de dúvidas.

Inegavelmente configurada, portanto. (fls. 84-85).

Como visto, o Juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem entenderam prescindível o laudo pericial para configurar a qualificadora em questão. Embora tenha sido confeccionado o laudo respectivo, é certo que somente foi juntado aos autos após a sentença. Assim, o magistrado *a quo*, ao sentenciar, dele não tinha conhecimento, e o Tribunal de origem, por ocasião da apelação, também não o mencionou como elemento de convicção, baseou-e nas demais provas.

Nos termos do entendimento desta Corte Superior de Justiça, mostra-se necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos. In casu, diante da ausência de prova pericial válida, já que juntada a destempo e não considerada pelas instâncias de origem, a prova testemunhal não é apta a supri-la.

Nesse sentido, confirmam-se recentes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO SUBSISTÊNCIA DE VESTÍGIOS MATERIAIS. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior reafirmou, no julgamento dos EAREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 10/12/2015), o entendimento de que, em regra, a reiteração delitiva impossibilita a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto, ressalvada a possibilidade de as instâncias ordinárias, no exame do caso concreto, entenderem pela sua incidência.

2. O Tribunal de origem consignou que o paciente registra condenações criminais definitivas, caracterizadoras de maus antecedentes e de reincidência, o que obsta a aplicação do princípio da insignificância.

3. **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.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A instância antecedente consignou expressamente que a impossibilidade de realização de laudo de constatação na espécie, uma vez que os dois únicos cadeados que guarneciam o estabelecimento comercial - objeto do arrombamento - foram substituídos pela vítima, a fim de garantir a segurança de seu negócio.

5. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

6. Diante do quantum de pena a que foi condenado o paciente - 2 anos e 9 meses de reclusão -, bem como da avaliação desfavorável de seus antecedentes, e caracterizada a reincidência, está devidamente justificada a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 351.215/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS PELO TRIBUNAL LOCAL PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. DESAPARECIMENTO DE VESTÍGIOS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO LAUDO POR OUTROS MEIOS PROBATÓRIOS. 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 entende que, para reconhecimento das qualificadoras do rompimento do obstáculo, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se não existirem ou tenham desaparecido, ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. No caso em análise, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, apresentaram justificativas para a não realização da perícia - desaparecimento dos vestígios.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.209/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)

Com efeito, em que pese ter sido elaborado o referido laudo, sua juntada aos autos ocorreu a destempo, razão pela qual é de rigor o afastamento da qualificadora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, cumpre registrar que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - o que não é a hipótese dos autos.

Pelo exposto, penso não haver constrangimento ilegal, no tocante à primeira fase da dosimetria, eis que foram apontados elementos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido.

In casu, há idoneidade nos argumentos alinhavados pelas instâncias de origem, que justificam o acréscimo da pena-base.

Colhe-se da sentença condenatória:

Enfim, o conjunto probatório autoriza concluir pela autoria criminosa por parte do acusado, não havendo que se falar em absolvição. Passo à dosagem da pena. As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao agente. Sobressai sua ousadia, revelada no cometimento do furto em residência, nos moldes do que se verificou nos autos. Seu histórico de vida também denota personalidade voltada à delinquência (fls. 23/29, 38/46, 50/51), notadamente condenação por tráfico de entorpecentes (fls. 54/55). (fls. 46-47).

Eis o aresto guerreado, no que interessa:

Isto porque a pena-base foi fixada de forma criteriosa e fundamentada.

Afinal, o acusado tem no crime sua balda, f. 38/46, 50/51 e 54/55, apresentando condenação por tráfico de entorpecentes e personalidade merecedora de maior reprovação.

Daí que o tratamento a ser aplicado deve mesmo ser mais condizente a sua personalidade desajustada e dedicada ao crime, até mesmo sobe pena de violação ao princípio da individualização da pena. (fl. 85).

Com efeito, especialmente em razão dos maus antecedentes do paciente, não há falar em constrangimento ilegal, eis que tal fato revela um *plus* de reprovabilidade, que respalda o incremento sancionatório.

Tampouco merece guarida o pleito da defesa quanto à redução da fração eleita para exasperar a pena pela agravante da reincidência. Isso porque é permitido ao magistrado mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Veja-se que, na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico pela prática do crime de furto, fato que justifica o incremento da pena, em 1/3 (um terço), na segunda fase da dosimetria.

Eis a sentença condenatória, no que interessa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não existem atenuantes a considerar na segunda fase de dosimetria da pena, incidindo no entanto, a circunstância agravante da reincidência (certidão de fls. 81 - condenação por furto) (...) (fl. 47).

Confirmam-se, a propósito os julgados desta Corte sobre o tema:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. LEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É razoável a fixação da pena-base do crime de roubo 8 meses acima do mínimo legal ante os maus antecedentes do réu, principalmente ante a reiteração no cometimento de crime de natureza patrimonial, com violência ou grave ameaça contra pessoa.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, **é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).**

3. Se a confissão do réu foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.

4. No julgamento do Resp n. 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. A compensação, no entanto, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência.

5. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a reincidência específica do réu.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 anos de reclusão mais 12 dias-multa.

(HC 258.693/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. (3) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, contudo, foi exasperada a pena-base em razão de feito em curso. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Corte. De rigor, portanto, a redução da pena-base ao mínimo legal.

3. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente pela prática de crime contra o patrimônio (roubo), fato que justifica o incremento da pena, em 1/4 (um quarto), na segunda fase da dosimetria.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 0155675-22.2012.8.19.0004 da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Niterói/RJ, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 262.890/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CRIME DE TRÁFICO. NULIDADE. OITIVA DAS TESTEMUNHAS. LEITURA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE NORMA PROIBITIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 3. AGRAVAMENTO DA PENA. PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. 4. CAUSAS DE AUMENTO. CRIME PERTO DE ESCOLA E COM ADOLESCENTE. PLEITO DE DECOTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. 5. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do 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. Não há se falar em nulidade da sentença condenatória, em virtude da leitura da denúncia antes da oitiva das testemunhas, quer por ausência de violação de princípio ou norma do processo penal quer por ausência de demonstração de eventual prejuízo. Como é cediço, a moderna processualística não admite o reconhecimento de nulidade que não tenha acarretado prejuízo à parte, porquanto não se admite a forma pela forma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. As circunstâncias judiciais bem como as agravantes e atenuantes não possuem patamares fixos de aplicação da pena, ficando o quantum de elevação a critério do magistrado, desde que observada a razoabilidade. A jurisprudência, visando a balizar um critério razoável, assentou que seria adequada uma elevação que não fosse superior a 1/6 (um sexto). No entanto, cuidando-se de réu multirreincidente ou **reincidente específico, revela-se escorreita a agravação da pena em patamar maior, uma vez que devidamente motivada em elemento concreto dos autos. Portanto, não há qualquer ilegalidade no agravamento da pena em 1/5 (um quinto) em virtude de o réu ser reincidente específico.**

4. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido a incidência das causas de aumento previstas nos incisos III e IV do art. 40 da Lei de Drogas, não é possível fazer o decote na via eleita, haja vista a prática do crime nas proximidades de uma escola e com o envolvimento de adolescente ter sido reconhecida com fundamento no arcabouço carreado nos autos, não sendo possível, desconstituir referidas conclusões em *habeas corpus*.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 282.148/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITOS DE ENTORPECENTES. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI Nº 6.368/76. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DA MATERIALIDADE DELITIVA E NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO) SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. 1. A alegação concernente à negativa de autoria e à ausência de prova da materialidade delitiva é matéria que depende do reexame da matéria fático-probatória, sendo imprópria sua análise na via do *habeas corpus*. Precedentes.

2. O Código Penal não estabelece percentuais mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. Precedentes.

3. Na hipótese, o Tribunal de origem aumentou em 1/4 (um quarto) a pena-base do Paciente, em razão de sua reincidência específica no crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Desse modo, tendo sido devidamente motivado o acréscimo implementado, o qual não se mostra flagrantemente desproporcional, não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado." (HC 106.027/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 23/08/2010)

Nessa toada, não é demais lembrar o entendimento desta Corte, no tocante à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, no sentido de que, em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Nesse sentido:

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

(HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie. (HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido.

(RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

Ademais, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, as instâncias de origem utilizaram o critério do *iter criminis*, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registra-se o aresto atacado:

Afinal, o 'iter criminis' foi percorrido, como bem ponderou a origem, quase que integralmente, já estando separado um bem para subtração, após arrombada a residência, não se consumando o crime por mera circunstância fortuita, esta ocorrida já ao limiar da consumação, restando apenas efetivamente a fuga.

Daí que a origem operou com ponderação a redução mínima, que não se pode afastar. (fl. 86).

Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas. Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente para reprovação do crime.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva.

4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*.

5. O Código de Processo Penal não define erro material nem fixa hipóteses ou meios de saná-lo. A matéria segue o regramento do Código de Processo Civil, cujo artigo 463, I, é aplicado subsidiariamente às ações penais, autorizando a alteração do julgado, mesmo após sua publicação, para sanar inexactidões materiais ou erros de cálculo.

6. O Juízo sentenciante, na primeira fase de fixação da reprimenda, estabeleceu a pena-base no seu mínimo legal, ou seja, em 20 anos de reclusão, o que foi mantido pela ausência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, reduziu-a em 1/3, em razão da tentativa, fixando-a em 13 anos e 4 meses de reclusão. Contudo, no dispositivo da sentença constou a pena de 15 anos de reclusão e 7 dias-multa.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para corrigir o erro material constante no julgado, em relação ao quantum de pena aplicada ao paciente (13 anos e 4 meses de reclusão), mantido o regime prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015)

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, II, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. (3) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) TENTATIVA. PATAMAR DE REDUÇÃO. *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. PROXIMIDADE INTERMEDIÁRIA DA CONSUMAÇÃO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. (5) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TEMA NÃO AGITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (6) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente. Não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. A redução pela tentativa deve-se pautar pelo *iter criminis* percorrido pelo agente, estando a metade da redução prevista em lei vinculada à hipótese de proximidade intermediária com a consumação do delito. No caso vertente, o paciente teve sua conduta impedida no meio do percurso para a consumação, conforme atestou a instância de origem, não sendo possível modificar tal entendimento, com considerações fora dos aspectos objetivos tratados, pois acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*.

5. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa ao regime inicial de cumprimento da pena não foi agitada/enfrentada no Tribunal de origem. Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 8 (oito) dias-multa, mantidos os demais termos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença e do acórdão.

(HC 222.738/PE, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 20/11/2013)

Dessarte, afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduzo a pena-base para 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, reiterando o patamar de aumento utilizado pelas instâncias de origem (1/2). Ratifico a exasperação da pena em 1/3 pela incidência da agravante da reincidência, bem como a redução na mesma fração em razão da tentativa, tornando a pena definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

Por fim, nos termo do art. 33 do Código Penal, mantenho o regime inicial fechado, em que pese a pena definitiva ter resultado em *quantum* inferior a 4 anos, eis que, além da presença de circunstância judicial desfavorável, o paciente é reincidente.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo, com a consequente redução da pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0158699-6

HC 359.963 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00297567920158260050 20160000226216 29756792015 297567920158260050 6382014

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALMIR MENDES LOURENCO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.