RECURSO ESPECIAL Nº 1.803.311 - DF (2019/0064649-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	IVOMAR DOS SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **IVOMAR DOS SANTOS OLIVEIRA**, com base no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado na parte que interessa:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. COMPROVAÇÃO DA QUALIFICADORA POR PROVAS TESTEMUNHAIS. POSSIBILIDADE. DESAPARECIMENTO DE VESTÍGIOS EM RAZÃO DA REPARAÇÃO DA PORTA. INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DO REQUISITO DO REDUZIDÍSSIMO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. RÉU MULTIRREINCIDENTE E PRÁTICA DE CRIME QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES PENAIS ANTERIORES DIVERSAS. [...]
> 2. A realização de exame de corpo de delito é indispensável para a comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo, à exceção do desaparecimento dos vestígios, nos termos do artigo 167, do Código de Processo Penal. Tendo os vestígios desaparecido em razão da necessidade de realização de reparos para a garantia da segurança do local, afasta-se a necessidade da prova pericial, podendo a qualificadora ser caracterizada por meio de provas testemunhais.
> [...]
> 5. A existência de condenações anteriores transitadas em julgado justifica a valoração negativa dos antecedentes, personalidade e conduta social, além de autorizar o reconhecimento da reincidência, desde que se baseiem em condenações distintas, de forma a se evitar *bis in idem.*
> [...]
> 10. Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público conhecido e provido. Recurso de apelação interposto pela Acusação conhecido e parcialmente provido." (e-STJ, fls. 195-196)

Nas razões recursais, a defesa aponta ofensa ao artigo 158 do Código de Processo Penal, ao argumento de que para a configuração da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo é indispensável a realização de exame de corpo de delito, que

somente pode ser substituído por outros meios de prova quando os vestígios tiverem desaparecido, todavia não foi o caso dos autos.

Aduz, ademais, violação ao artigo 59 do Código Penal, sustentando, em suma, que a Corte local, de forma equivocada, entendeu que os registros criminais seriam suficientes para fundamentar a valoração negativa da personalidade do agente e da conduta social, porém essas moduladoras devem ser avaliadas a partir de critérios técnicos e relacionados à convivência do indivíduo em seu meio social, familiar e profissional.

Requer o provimento do recurso, reformando-se o acórdão impugnado, para que seja decotada a qualificadora do rompimento de obstáculo e que seja afastada a valoração negativa da personalidade do agente e da conduta social, com o consequente redimensionamento da pena do recorrente.

Contrarrazões às fls. 239-243 (e-STJ).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do recurso (e-STJ, fls. 259-266).

É o relatório.

Decido.

No que toca ao reconhecimento da incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto imputado ao recorrente, colhe-se do aresto impugnado:

> "Comprovadas a autoria e a materialidade da subtração, cabe analisar o pedido da Acusação de condenação do réu por crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, previsto no artigo 155, § 4°, I, do Código Penal.
> Dispõe o artigo 158, do Código de Processo Penal que, 'quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado'.
> Por sua vez, o artigo 167, também do Código de Processo Penal, prevê que, 'não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta'.
> Pois bem, da leitura dos mencionados dispositivos, extrai-se que, para que seja possível a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo, de regra, é indispensável a realização de exame de corpo de delito, sendo somente admitidos outros meios de provas (como a testemunhal, por exemplo) nos casos em que o laudo pericial não possa ser produzido, em razão de não existirem mais os vestígios do fato delituoso. Nesse sentido, inclusive, acena a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:
> [...]
> No caso em tela, extrai-se do inquérito policial (fl. 21, do Relatório Policial) e do depoimento judicial prestado pela vítima, que, apesar de ser plenamente possível a realização de exame pericial para comprovação do rompimento de obstáculo - que se deu a partir da força empregada contra a porta de metal que guarnecia o canteiro de obras - este não foi realizado pela necessidade de garantia da segurança da obra, o que se constitui em exceção à regra de obrigatoriedade da perícia ante o desaparecimento dos vestígios, autorizando, assim, a utilização de prova testemunhal para comprovar

> a ocorrência da qualificadora.
> [...]
> Seguindo essa linha de raciocínio, ao analisar as provas orais contidas nos autos, verifica-se que o arrombamento da porta que guarnecia a obra restou bem caracterizado, não havendo dúvidas quanto a esse respeito.
> Inicialmente, a vítima Catulino Dias Júnior, dono da obra, disse que apesar de não estar no local no momento em que o furto foi praticado, foi lá no mesmo dia, tendo ele visto a porta de metal arrombada.
> Asseverou que como a obra estava sobre tapume, o indivíduo abriu um pouco e entrou, forçando a porta de metal e a empenando. Explicou que não teve perícia porque senão o local da obra ficaria exposto e que o próprio pessoal da obra desamassou a porta." (e-STJ, fls. 201-204)

Como se vê, a Corte de origem justificou a ausência de perícia no fato de que a manutenção do local a ser periciado nas condições em que se encontrava após o crime, ou seja, com a porta de metal que dava acesso à obra amassada, colocaria em risco a segurança do local. Destacou-se, ainda, que os próprios trabalhadores da obra desamassaram a porta.

Assim, no caso concreto, verifica-se que houve justificativa plausível para a ausência da perícia, de modo que a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo pode ser comprovada por outras provas, já que não foi possível a manutenção do local em condições adequadas para a confecção do laudo pericial.

Na espécie, a Corte de origem consignou que a referida qualificadora foi demonstrada por meio de declarações da vítima e de depoimentos de testemunhas, razão pela qual deve ser mantida.

Ilustrativamente:

> "[...]
> 2. A Corte de origem registrou que a impossibilidade de o laudo pericial atestar o rompimento de obstáculo decorreu da inexistência dos vestígios materiais, já que a manutenção do local a ser periciado nas condições em que se encontrava após a realização do crime de furto, ou seja, sem o telhado e uma das portas, e, ainda, por se tratar de estabelecimento comercial, impediria a própria continuidade das atividades e causaria insegurança no local. Assim, tendo as instâncias ordinárias apresentado justificativas para a não realização da perícia, é válido o exame indireto para atestar o rompimento do obstáculo, como feito.
> 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 371.211/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 02/12/2016).
>
> "[...]
> 1. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da necessidade de perícia para a caracterização do rompimento de obstáculo, salvo em caso de ausência de vestígios, quando a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, conforme a exegese dos arts.
> 158 e 167 do Código de Processo Penal.
> 2. Na espécie, a inexistência da perícia restou justificada no fato da

> vítima ter efetuado o reparo da porta violada, dando causa, assim, ao desaparecimento dos vestígios do arrombamento em sua residência.
> 3. Tratando-se, *in casu*, de causa idônea de desaparecimento de vestígios - inclusive reconhecida na doutrina e em precedente da Sexta Turma -, é o caso de admitir o depoimento da vítima e a confissão do acusado como meios de prova da qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal.
> 4. Ordem denegada." (HC 188.718/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 21/03/2012).

Já no que toca à alegada ofensa ao artigo 59 do Código Penal, primeiramente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, 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.

Para melhor análise da controvérsia, confira-se a primeira fase da dosimetria da pena formulada no acórdão recorrido:

> "Inicialmente, deve ser mantida, na primeira fase da dosimetria, a valoração negativa das circunstâncias judiciais dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do recorrente.
> De fato, a jurisprudência desta Corte admite a valoração negativa das circunstâncias judiciais citadas acima, bem como a caracterização da reincidência, em razão de condenações anteriores, desde elas sejam baseadas em anotações distintas, sem que isso caracterize *bis in idem.*
> *In casu*, tendo os antecedentes sido valorados negativamente, em razão da certidão de fl. 23 (Processo n° 2006.01.1.121524-8, transitado em julgado em 30/04/2007, no qual o réu foi condenado, definitivamente, nas penas do crime previsto no artigo 155, *caput*, c/c o artigo 14, II, do Código Penal, a pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, no regime aberto e ao pagamento de 9 (nove) dias-multa, à razão mínima legal); a personalidade sido valorada negativamente em razão da certidão de fl. 26 (Processo n° 2008.01.1.145580-8, transitado em julgado em 02/02/2009, no qual o réu foi condenado, definitivamente, nas penas do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, a pena de 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão, no regime semiaberto e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, à razão mínima legal e a conduta social valorada negativa em razão da certidão de fl. 25 (Processo n° 2009.01.1.041838-9, transitado em julgado em 02/08/2011, no qual o réu foi condenado, definitivamente, nas penas do crime previsto no artigo 155, §4°, IV, c/c o artigo 14, II, do Código Penal, a pena de 10 (dez) meses de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão mínima legal), inviável o afastamento dessas valorações, em razão de terem sido baseadas em anotações diversas, todas transitado em julgado anteriormente ao fato em tela.
> Apesar de mantida a negativação das circunstâncias judiciais analisadas acima - antecedentes, conduta social e personalidade - devem ser alteradas as penas, em razão da alteração na condenação

> do réu, a qual passou de furto simples para furto qualificado pelo rompimento de obstáculo.
> Nesse sentido, altero a pena-base de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão para 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, obedecendo-se ao entendimento dominante, segundo o qual, se utiliza o critério objetivo/subjetivo de majoração de até 1/8 (um oitavo) da quantidade de reprimenda compreendida no intervalo entre as penas mínima e máxima, abstratamente cominadas, para cada circunstância desfavorável constatada, de modo a afastar a tese de desproporcionalidade da pena-base fixada." (e-STJ, fls. 209-210)

Consoante se extrai do excerto, o recorrente teve a pena-base exasperada em 2 anos e 3 meses de reclusão por terem sido valoradas negativamente os antecedentes, a personalidade do agente e a conduta social.

Sobre a questão controvertida, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça vinha admitindo a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Todavia, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes.

Nesse sentido, ofereço à baila os seguinte julgados:

> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 568/STJ. RECURSO MINISTERIAL. APELO DA DEFESA PROVIDO. PENA-BASE REDUZIDA. VETORIAL CONDUTA SOCIAL DECOTADA. PLEITO MINISTERIAL DE RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> I - Não constitui ofensa ao princípio da Colegialidade a prolação de decisões monocráticas no âmbito desta Corte, estando tal entendimento inclusive sedimentado por ocasião da edição da Súmula n. 568/STJ. Ademais, sempre haverá a possibilidade de a decisão monocrática estar sujeita à apreciação do órgão colegiado, em virtude de eventual recurso de agravo regimental, como na espécie. Precedentes.
> II - **Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, 'Ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*'** (HC n. 423.427/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 26/2/2018 sem grifos no original).
> Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.726.762/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 20/06/2018, grifou-se);

"REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. VALIDADE.
[...]
DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.
1. Condenações criminais transitadas em julgado não podem ser utilizadas para negativar mais de uma circunstância do artigo 59 do Código Penal, na espécie os antecedentes e a personalidade do agente, majorando-se com mais intensidade a pena-base.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício para afastar o desvalor da personalidade, redimensionando a pena privativa de liberdade." (AgRg no REsp 1.581.047/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1/6/2017, DJe 7/6/2017, grifou-se);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. UTILIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIA QUÍMICA/ENTORPECENTE PARA DIMINUIR A RESISTÊNCIA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. SUPOSTA NULIDADE. REITERAÇÃO DE PEDIDO (HC 308.825/SP). DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. *BIS IN IDEM*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]
IV - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência.
2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria.
3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

> **V - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de *bis in idem*. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).**
> *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 388.034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 9/6/2017, grifou-se);
>
> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO E ROUBO. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DESMEMBRADAS. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *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 dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
> **3. O histórico criminal do acusado não pode ser desmembrado para valorar negativamente outras circunstâncias judiciais que não os maus antecedentes, sob pena de indevido *bis in idem*.**
> 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 386.124/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 7/4/2017, grifou-se).

Conclui-se, portanto, que, ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

Portanto, de rigor o provimento do recurso nesse ponto, a fim de que seja afastada a análise desfavorável da personalidade do agente e da conduta social, redimensionando-se pena-base do recorrente pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, I, do CP), de acordo com os parâmetros estabelecidos na origem, o que se passa a fazer.

Na primeira fase, mantida apenas a valoração negativa dos antecedentes,

fixo a pena-base em 2 anos e 9 meses de reclusão.

Na segunda fase mantém-se a compensação parcial da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, aplicando-se o aumento de pena na fração de 1/6 por se tratar de réu multirreincidente. Assim a pena intermediária chega ao patamar de 3 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, a qual se torna definitiva ante a ausência de causa de aumento ou diminuição a considerar.

Por fim, fica mantido o regime fechado para o cumprimento inicial da pena, tendo em vista a reincidência do réu e a existência de circunstância judicial desfavorável.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, II e III, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para redimensionar a pena definitiva do recorrente ao patamar de 3 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro