

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 527.506 - SP (2019/0242449-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE MARIA FRANCISCO NAQUE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de **JOSE MARIA FRANCISCO NAQUE** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 17 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa:

"Apelação — Furto qualificado pela escalada — Recurso da defesa — Depoimentos dos policiais militares que comprovam a qualificadora - Dosimetria — Pena-base fixada 1/3 acima do patamar mínimo legal, pois o réu é portador de maus antecedentes — Penas exasperadas em 1/3 diante da presença da circunstância agravante da reincidência - Regime inicial semiaberto mantido por ausência de recurso ministerial - Recurso não provido." (e-STJ, fl. 44)

Nesta Corte, a impetrante sustenta, em suma, constrangimento ilegal consistente no fato de: a) a qualificadora da escalada haver sido mantida ainda que não tenha sido juntado aos autos o laudo pericial que comprovasse a sua ocorrência; b) ser desproporcional o aumento da pena-base em 1/3 pela valoração negativa dos antecedentes; c) a pena ter sido majorada em 1/3 pelo reconhecimento da reincidência sem que tenha havido motivação idônea para o aumento acima de 1/6.

Requer a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja afastada a qualificadora prevista no inciso II do § 4º do artigo 155 do Código Penal, bem como seja reduzido para 1/6 o aumento da pena-base e que seja de 1/6 o aumento decorrente da reincidência.

Sem pedido de liminar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pelo seu indeferimento (e-STJ, fls. 52-56).

É o relatório.

Decido.

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.

Superior Tribunal de Justiça

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

No caso em análise, a sentença reconheceu a incidência da qualificadora da escalada com base nos seguintes fundamentos:

"A qualificadora também se confirmou já que o local, cemitério, fica fechado à noite, possuindo muros e portões altos, não havendo como adentrar a não ser escalando." (e-STJ, fl. 41)

O Tribunal de origem manteve o reconhecimento expondo que:

"Não comporta provimento o pedido de afastamento da qualificadora da escalada, pois a prova oral é suficiente para comprovar sua ocorrência.

Os policiais confirmaram que o cemitério fica fechado durante a noite, possuindo muros e portões altos, não havendo como adentrar no local a não ser escalando." (e-STJ, fl. 46)

Todavia, quanto à escalada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal exige exame pericial, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito, o que não restou explicitado nos autos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, E ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, C.C. O ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FURTO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. OUTROS MEIOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CONSIDERADO O ITER CRIMINIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. INVERSÃO DO JULGADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO WRIT. AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. REGIME FECHADO. CABIMENTO. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É imprescindível, para a constatação da qualificadora referente à escalada no crime de furto, a realização do exame de corpo de delito, o qual pode ser suprido pela prova testemunhal ou outro meio indireto somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado

impróprio para a constatação dos peritos, o que não foi evidenciado nos autos.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 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 anotações sejam de fatos diversos, como no caso.

3. As reduções das penas privativas de liberdade em razão das tentativas foram aplicadas com base no iter criminis percorrido pelo Agente, não se mostrando inidôneo tal proceder.

4. A inversão do julgado, de forma a verificar se deve ser aplicada a fração máxima do redutor pela tentativa, implicaria profunda análise do arcabouço fático-probatório, o que é defeso na via estreita do habeas corpus.

5. A causa de aumento de pena prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, relativa à prática de furto durante o repouso noturno, é aplicável na qualificada do delito, bem como independe se o local está habitado.

6. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em menos de 4 (quatro) anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, o que levou à fixação da pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, encontra-se justificado o estabelecimento do regime prisional fechado, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

7. É possível a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de origem quando esgotada a jurisdição ordinária.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão recorrido, afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, restabelecendo-se a sentença.

(HC 456.927/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/3/2019, DJe 28/3/2019, grifou-se);

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. VALOR DA *RES FURTIVA* SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. BENS RESTITUÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. QUALIFICADORA DA ESCALADA. PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA NÃO JUSTIFICADA. I INCIDÊNCIA AFASTADA. DOSIMETRIA REVISTA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. Tendo a qualificadora sido reconhecida com base em prova testemunhal e no fato de o réu ter sido surpreendido no telhado da agência bancária, deve ser afastada a escalada e reconhecida a prática de furto simples, pois, além de não ter sido demonstrada a impossibilidade de realização da perícia técnica, tais provas não suprem a necessidade de sua efetivação.

8. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de

Superior Tribunal de Justiça

redimensionar a pena imposta ao paciente, fixando-a em 6 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 3 dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória."

(HC 456.480/SC, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018);

"[...]

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para incidir a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, faz-se indispensável a realização de perícia, a fim de se constatar a realização da escalada ou o rompimento de obstáculo. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. No caso, nenhuma dessas hipóteses foi sequer mencionada pela Corte *a quo*.

"[...]

6. Reprimenda definitiva imposta (inferior a 4 anos) que, aliada à reincidência do paciente, autoriza a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

7. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 300.808/TO, rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 17/3/2015, DJe 26/3/2015).

Nesse passo, afastada a incidência da qualificadora, deve ser reconhecida a prática pelo paciente do crime de furto simples.

Com relação à fixação da pena-base, assim restou consignado na sentença, tendo sido mantido no acórdão impugnado:

"Analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59, 'caput', do Código Penal, nota-se que o acusado tem maus antecedentes, portanto há o aumento de 1/3 em sua pena, iniciando em 02 anos e 08 meses de reclusão e 13 dias-multas." (e-STJ, fl. 42)

Consoante se nota, a pena-base do paciente foi exasperada em 1/3 pela análise desfavorável dos antecedentes.

No que diz respeito ao **quantum de aumento da pena-base**, cumpre salientar que "o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. No entanto, o *quantum* de aumento, decorrente da negatização das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena" (REsp 1599138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).

Sobre o tema, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar

Superior Tribunal de Justiça

meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

Porém, na hipótese, inexistindo motivação concreta nesse sentido, mostra-se desproporcional o aumento da pena-base em 1/3 pela valoração negativa de apenas uma circunstância judicial.

Na mesma toada, no que tange à segunda fase da dosimetria da pena, conforme precedentes desta Corte, "no tocante às agravantes (...), o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade." (AgRg no AREsp 237.445/RS, Rel. de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 29/11/2017). Todavia, é certo que se tem entendido que um patamar razoável de majoração é o equivalente a 1/6 da pena.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

[...]

4. Hipótese em que a fração de 1/4, utilizado para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 395.248/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6. IDONEIDADE. CONSTATADA A

Superior Tribunal de Justiça

MULTIRREINCIDÊNCIA DO AGRAVANTE.

[...]

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) (HC n. 258.693/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/3/2016)

[...]

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.660.563/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017).

No caso, tendo em vista que foi apontada apenas uma condenação anterior apta a configurar a reincidência do paciente, revela-se excessivo o aumento da pena em 1/3.

Passa-se, assim, à nova dosimetria da pena do paciente pela prática de furto simples (art. 155, *caput*, do CP).

Na primeira fase, aumento a pena na fração de 1/8 calculada sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas (1 a 4 anos), resultando em 1 ano, 4 meses e 15 dias de reclusão, além de 11 dias-multa.

Na segunda etapa, aplico a fração de 1/6 de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência, chegando a reprimenda ao patamar de 1 ano, 7 meses e 7 dias de reclusão e 12 dias-multa, quanto que se torna definitivo ante a inexistência de causa de aumento ou diminuição de pena.

Por fim, tratando-se de réu reincidente, fica mantido o regime inicial semiebarto.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Outrossim, **concedo** a ordem, de ofício, para afastar a qualificadora prevista no inciso II do § 4º do art. 155 do CP e redimensionar a pena definitiva ao patamar de 1 ano, 7 meses e 7 dias de reclusão, mais 12 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator