



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 499.388 - SC (2019/0077506-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DIEGO MARCELO REMPEL (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. NULIDADE. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA PROFERIDA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PERÍCIA. DISPENSA NÃO JUSTIFICADA. EXCLUSÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONHECIDA, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Esta Corte já decidiu que *exigir que se faça a degravação ou separada sentença escrita é negar valor ao registro da voz e imagem do próprio juiz, é sobrelevar sua assinatura em folha impressa sobre o que ele diz e registra. Não há sentido lógico, nem em segurança, e é desserviço à celeridade* (HC 462.253/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Terceira Seção, julgado em 28/11/2018, DJe 4/2/2019).

3. Neste caso, houve a transcrição da dosimetria e dos fundamentos para o estabelecimento das penas nos termos delineados, suprimindo o dever legal de motivação e facultando a interposição de recurso contra a decisão, razão pela qual não se pode falar na existência de ilegalidade flagrante pela ausência de transcrição integral da sentença proferida oralmente em audiência, considerando, ademais, que não houve qualquer demonstração da ocorrência de prejuízo para a defesa pela ausência da formalidade indicada.

4. A questão referente ao acréscimo da pena-base em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliação desfavorável da conduta social não foi apreciada pela Corte de origem, de modo que a análise desses argumentos por esta Corte Superior fica inviabilizada, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Como é cediço, nos casos em que a infração deixa vestígio, por imperativo legal (art. 158 do Código de Processo Penal), é necessária a realização do exame de corpo de delito direto. Por outro lado, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, *"não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta"*.

6. Neste caso, não foram apresentadas justificativas idôneas para a não realização do exame pericial, de modo que deve a conduta ser readequada, devendo ser reconhecida a prática de furto simples.

7. Embora a sanção tenha ficado em patamar inferior a quatro anos, a reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis desautorizam o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para readequar a conduta para o furto simples, redimensionando a pena para **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 499.388 - SC (2019/0077506-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DIEGO MARCELO REMPEL (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de DIEGO MARCELO REMPEL contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos da Apelação Criminal n. 0008629-25.2017.8.24.0033.

O paciente foi condenado a 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, além de 27 (vinte e sete) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso I, na forma do art. 70 do Código Penal. Os fatos foram assim narrados na inicial acusatória (e-STJ, fl. 202):

1. No dia 17 de março de 2017, por volta das 19h50min, o denunciado Diego Marcelo Rempel dirigiu-se à empresa denominada LPL Comissária de Despachos Ltda, localizada na Avenida Coronel Marcos Konder, n. 22, Centro, em Itajaí, com a intenção de praticar um furto.

Tão logo chegou ao local, o denunciado Diego, mediante escalada alcançou o telhado do estabelecimento e, após destruir o telhado e o forro, adentrou o local, iniciando a subtração de alguns bens.

Desse modo é que o denunciado subtraiu, para ele, 1 (um) celular Samsung S7 e 7 (sete) notebooks, das marcas Samsung, Toshiba e Lenovo, evadindo-se em seguida.

2. No dia 05 de abril de 2017, por volta das 23h40min, durante o período destinado ao repouso noturno, no mesmo local do fato anterior, o denunciado, mediante escalada e após destruição do telhado e do forro do estabelecimento, subtraiu, para ele, 1 (um) copo contendo moedas e 1 (um) Iphone, cor preto, evadindo-se em seguida.

A defesa apresentou recurso de apelação, mas a sentença condenatória foi integralmente confirmada pelo Tribunal de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi, então, impetrado este *habeas corpus* no qual se busca, em síntese, anular a sentença condenatória em razão de ter sido esta proferida oralmente sem a transcrição integral de seu conteúdo, ferindo os arts. 155 e 388 do Código de Processo Penal.

Busca-se, ainda, a exclusão da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo em razão da ausência de laudo pericial que ateste sua ocorrência, inexistindo justificativa que ampare a não realização do exame.

Aduz, por fim, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal considerando desfavorável a conduta social do paciente sem, contudo, apresentar elementos idôneos a justificar a exasperação.

Postula, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, busca a anulação da sentença e, subsidiariamente, a revisão da dosimetria da pena pelos motivos já explicitados.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 245/247).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (e-STJ, fls. 252/261).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 499.388 - SC (2019/0077506-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão, de ofício, da ordem.

O primeiro aspecto levantado pela defesa diz respeito à nulidade da sentença, que foi proferida oralmente sem posterior transcrição integral do seu conteúdo.

O Tribunal de origem silenciou sobre a nulidade no julgamento da apelação. Porém, com a oposição de embargos de declaração, a Corte estadual apreciou o tema, concluindo o seguinte:

Inicialmente, no que se refere à alegação de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, vale ressaltar que não se ignora a inexistência de previsão expressa no Código de Processo Penal para a realização das alegações finais e da sentença por meio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

audiovisual.

Contudo, o entendimento desta Corte é neste sentido:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA, PORQUE PROFERIDA ORALMENTE E REGISTRADA EM MÍDIA AUDIOVISUAL. TRANSCRIÇÃO DA PARTE DISPOSITIVA E DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E DE PREJUÍZO ÀS PARTES. SUSTENTADA OMISSÃO INDIRETA. TESE DEFENSIVA NÃO SUSCITADA NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO.

ACÓRDÃO QUE ANALISOU DETIDAMENTE A MATÉRIA COMBATIDA NA APELAÇÃO CRIMINAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

(Embargos de Declaração n. 0000385-05.2017.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 29-10-2018).

E ainda:

Os arts. 241-A, § 4º, e 241-C, V, encontravam-se regulamentados no antigo Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina; e como a audiência de instrução e julgamento foi realizada sob a égide do novo Código, algumas das normas mencionadas foram suprimidas e outras tiveram a redação alterada. De todo modo, este Tribunal de Justiça reiteradamente delibera inexistir inconstitucionalidade em tais dispositivos, uma vez que eles apenas ditam diretrizes para o cumprimento da legislação federal, inocorrendo invasão em matéria de competência alheia por parte do Regimento desta Corte. Outrossim, não há nem sequer alegação, quanto mais comprovação, de que as partes sofreram algum prejuízo em face de a sentença ter sido registrada exclusivamente em meio audiovisual, exceto a dosimetria e o dispositivo, que foram reduzidos a escrito. 2. Não é nula a sentença registrada em sistema audiovisual, sem transcrição integral, pois a medida está em consonância com a reforma processual penal promovida pela Lei 11.719/08, que privilegiou o princípio da oralidade e da celeridade processual (Apelação Criminal n. 0011174-53.2017.8.24.0038, de Joinville, de Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 8-5-2018).

Logo, não há falar-se em nulidade. De mais a mais, a ausência de transcrição da sentença não causou prejuízo à parte, tanto que apresentou razões recursais sem nenhum óbice.

Por outro lado, pretende o embargante a rediscussão de matéria já analisada por este colegiado, o que é inviável na via eleita.

Com as mudanças ocorridas no art. 405 do Código de Processo Penal, promovidas pela Lei n. 11.719/2008, passou-se a permitir o registro de depoimentos apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por meio audiovisual, sem necessidade de transcrição. Tal previsão também passou a abranger o registro de toda a audiência de instrução e julgamento — incluindo os debates orais e a sentença — como medida em favor da razoável duração do processo e da celeridade processual.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. DILIGÊNCIA. DEGRAVAÇÃO DE DEPOIMENTOS. DESNECESSIDADE. ART. 475, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. ART. 405, §§ 1º E 2º DO CPP. CELERIDADE PROCESSUAL. NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO.

1. O registro audiovisual de depoimentos colhidos em audiência dispensa sua degravação, salvo comprovada demonstração de sua necessidade. Interpretação do art. 405, § 2º, c/c o art. 475 do Código de Processo Penal. Orientação normativa do CNJ. Precedentes.

2. As inovações introduzidas no Código de Processo Penal pelas Leis ns. 11.689/2008 e 11.719/2008 atenderam ao objetivo de simplificação e economia dos atos processuais, bem como ao princípio da oralidade na produção da prova em audiência.

3. Recurso em mandado de segurança não provido. (RMS 36.625/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 30/6/2016, DJe 1º/8/2016)

Esta Corte já decidiu que exigir que se faça a degravação ou separada sentença escrita é negar valor ao registro da voz e imagem do próprio juiz, é sobrelevar sua assinatura em folha impressa sobre o que ele diz e registra. Não há sentido lógico, nem em segurança, e é desserviço à celeridade (HC 462.253/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Terceira Seção, julgado em 28/11/2018, DJe 4/2/2019).

Neste caso, houve a transcrição da dosimetria e dos fundamentos para o estabelecimento das penas nos termos delineados, suprimindo o dever legal de motivação e facultando a interposição de recurso contra a decisão, razão pela qual não se pode falar na existência de ilegalidade flagrante pela ausência de transcrição integral da sentença proferida oralmente em audiência, considerando, ademais, que não houve qualquer demonstração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência de prejuízo para a defesa pela ausência da formalidade indicada.

Quanto à dosimetria da pena, verifica-se que a questão relativa à exasperação da pena-base motivada pela avaliação desfavorável da conduta social não foi apreciada pela Corte de origem, de modo que a análise desses argumentos por esta Corte Superior fica inviabilizada, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. TEMA NÃO SUSCITADO/ENFRENTADO PELA CORTE LOCAL. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. TERCEIRA FASE. MAJORANTES, QUANTUM DE AUMENTO. JUSTIFICATIVA CONCRETA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. REVALORAÇÃO DOS FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre temas não enfrentados pela Corte local, sob o risco de supressão de instância.

Na espécie, não foi suscitada e, por conseguinte, enfrentada pelo Tribunal de origem a questão relativa à dosimetria da primeira fase, razão pela qual a matéria não pode ser conhecida por esta Corte.

(...)

4. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada. (HC 400.747/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 23/6/2017)

Quanto à qualificadora, o Tribunal de origem consignou que a prova técnica não foi, de fato, produzida, mas que teria sido suprida pelas imagens da câmera de segurança do estabelecimento comercial da vítima, que demonstram o dano causado pelo réu, o que levou a Corte a concluir que há elementos suficientes para demonstrar a destruição do obstáculo (e-STJ, fl. 205).

Como é cediço, nos casos em que a infração deixa vestígio, por imperativo legal (art. 158 do Código de Processo Penal), é necessária a realização do exame de corpo de delito direto. Por outro lado, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, "*não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

Nessa toada, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que *"o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo [...] não prescinde da realização de exame pericial, somente sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios quando não existirem vestígios ou estes tenham desaparecido [...] ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo"* (HC n. 382.698/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe de 15/3/2017).

Portanto, a jurisprudência autoriza a substituição do laudo pericial por outros meios de prova quando o delito não deixar vestígios, quando estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORAS DA ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PENA-BASE EXASPERADA COM FUNDAMENTO EM CINCO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS, SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA TANTO. REGIME INICIAL. REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. ACUSADO REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO, QUE SE MOSTRA ADEQUADO (ART. 33, § 2º, B, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 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. 2. Evidenciado que as instâncias ordinárias valoraram negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, motivos, consequências e comportamento da vítima, sem fundamentação idônea para tanto, deve ser reduzida a reprimenda-base ao mínimo legal. 3. Ao dosar a pena, o magistrado singular considerou desfavorável a culpabilidade, sob o argumento de que se encontra caracterizada pela vontade livre e consciente de se apoderar de bens alheios tendo plena consciência da ilicitude de sua conduta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entretanto, tal fundamento não é suficiente para exasperação da reprimenda, uma vez que se limita apenas a descrever o próprio conceito de culpabilidade, já integrante do tipo penal. 4. No tocante à conduta social, aos motivos e às consequências do crime, observa-se que o magistrado, além de não ter tecido nenhuma fundamentação, ainda levou em consideração circunstância inerente ao próprio tipo penal, ao referir-se ao fato de que a vítima sofreu danos em seu patrimônio. 5. Ao se referir ao comportamento da vítima, o Juízo de primeiro grau afirmou que esta não contribuiu para a "eclosão do delito", mas esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado "neutro" ou "normal à espécie", não há falar em consideração desfavorável ao acusado. Precedentes. 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. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 26/3/2015).

No caso em análise, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, não apresentaram justificativas para a não realização da perícia. 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. Contudo, nenhuma dessas hipóteses foram mencionadas pela Corte *a quo*. A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se não existirem ou tenham desaparecido os vestígios, ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1557263/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 3/8/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. FURTO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA DIRETA.

1. Pacificou-se nesta Corte o entendimento no sentido da necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realização do exame técnico-científico para qualificação do crime de furto por rompimento de obstáculo, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios.

Dessarte, se era possível a realização da perícia, a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência.

2. No caso específico dos autos, não tendo sido demonstrado o desaparecimento dos vestígios ou indicada alguma excepcionalidade que justificasse a ausência do exame pericial para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, deve ser reconhecida a prática de furto simples.

2. Agravo interno improvido. (AgRg no REsp 1585693/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 24/6/2016).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. É possível concluir do acórdão proferido pelo Tribunal estadual que o crime em comento deixou vestígios.

2. Esta Corte de Justiça firmou entendimento de que o exame pericial é imprescindível para a configuração da qualificadora do rompimento de obstáculo, mesmo quando sua ocorrência for incontroversa na prova dos autos.

3. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1577356/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma julgado em 14/6/2016, DJe 27/6/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. ESCALADA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. FURTO SIMPLES TENTADO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No julgamento do REsp n. 1.320.298/MG, a Sexta Turma desta Corte Superior examinou a possibilidade de, em razão das particularidades do caso concreto e em respeito ao sistema de livre apreciação da prova, reconhecer a incidência da qualificadora da escalada nos delitos de furto quando sua ocorrência for incontroversa nas provas colhidas nos autos, a despeito da ausência de laudo pericial que a ateste. Na oportunidade - na qual fiquei vencido -, firmou-se o entendimento de que o exame pericial é imprescindível para a configuração da qualificadora da escalada.

2. Em relação à qualificadora do rompimento de obstáculo, não é diferente a conclusão das duas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. A Corte de origem não reconheceu a incidência das qualificadoras do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rompimento de obstáculo e da escalada em razão da ausência do devido exame pericial para comprovar a sua configuração. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

4. Em relação ao pleito subsidiário - condenação por furto simples tentado -, para afastar a conclusão da instância antecedente, de inexistência de provas suficientes da materialidade delitiva, seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 644.717/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. 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 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 e da escalada, 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, não apresentaram justificativas para a não realização da perícia.

4. Promovido o decote referente às qualificadoras do rompimento do obstáculo e da escalada, mas permanecendo o concurso de agentes, mantém-se a pena inalterada, porquanto ainda configurado o furto qualificado.

4. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para afastar as qualificadoras, sem efeito na alteração no quantum de pena aplicada ao paciente. (HC 332.152/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. EXAME PERICIAL. NÃO REALIZAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. QUALIFICADORA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A pacífica jurisprudência desta Corte, com ressalva do entendimento pessoal do relator, entende que para o reconhecimento da incidência da qualificadora da escalada, prevista no art. 155, § 4º, II, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, não se prescinde da realização de exame pericial, devendo restar consignado que a sua substituição por outros meios probatórios somente é possível quando não existirem vestígios ou se o corpo de delito houver desaparecido. Em último caso, o exame pericial pode ser afastado quando as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. 2. Hipótese em que, embora as instâncias ordinárias tenham se utilizado dos depoimentos da vítima e das testemunhas, além da confissão do réu, para concluir pela incidência da qualificadora da escalada, deixaram de proceder à realização de perícia técnica, inviabilizando o seu reconhecimento. 3. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1468309/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015).

Dessa forma, como no presente caso, a Corte de origem, ao apreciar a questão, não apresentou justificativa para a não realização da perícia, deve ser afastada a qualificadora referente ao rompimento do obstáculo, tendo em vista a ausência de laudo pericial.

Diante da exclusão da qualificadora, de rigor o redimensionamento da pena aplicada ao paciente.

Com a exclusão da qualificadora, os limites da cominação passam a ser os do *caput* do art. 155 do Código Penal (1 a 4 anos). Mantido, proporcionalmente, o acréscimo à pena-base nos termos da sentença, fixo a sanção na primeira fase em **1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão** para cada um dos delitos. Na segunda etapa, mantida a agravante da reincidência, que acrescentou **6 (seis) meses** à sanção, totalizando, portanto, **2 (dois) anos de reclusão**.

Considerando a ocorrência de dois crimes nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, tem-se a figura do crime continuado, devendo ser mantido o acréscimo de 1/6 (um sexto) fixado pela sentença, resultando na pena final de **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

O regime inicial fechado, apesar de severo, a par da pena fixada, é o compatível e adequado ao caso. Com efeito, apesar de a pena permitir, em tese, aplicação de regime inicial aberto, a existência de circunstância judicial negativa, aliada à reincidência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinam a fixação de regime inicial **fechado**, por expressa previsão legal, a teor do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O STJ, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- É cabível a adoção do regime prisional fechado aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 anos se desfavoráveis as circunstâncias judiciais. Inaplicabilidade do Enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

- Habeas corpus não conhecido (HC 312.055/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO — Desembargador Convocado Do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 9/10/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. FURTO SIMPLES. PACIENTE REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO DE 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Nos termos do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

3. Na espécie, a despeito de a reprimenda final ser inferior a 4 (quatro) anos, o paciente é reincidente e a pena-base foi estabelecida acima do piso legal, em razão da avaliação negativa de circunstâncias judiciais, não havendo, portanto, constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus não conhecido* (HC 318.059/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO — Desembargador convocado DO TJ/PE, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 13/5/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO TENTADO E FALSA IDENTIDADE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PACIENTE REINCIDENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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 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 jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e na reincidência. Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

3. Na mesma esteira, a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

4. **Verifica-se, inicialmente, que o paciente é reincidente, o que atrairia a aplicação do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte e a fixação do regime inicial semiaberto. Entretanto, no caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o que afasta o referido enunciado sumular e representa fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso.**

5. No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Civil, é possível identificar que os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos utilizados pelo Tribunal local não são idôneos, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de aferição do elemento subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o exposto comando normativo e a jurisprudência desta Corte.

6. O cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, conforme o comando do § 2º do art. 387 do CPP, demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.

7. No caso, a pena já se encontrava em patamar não superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

8. Habeas corpus não conhecido (HC 363.440/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 6/10/2016, DJe 14/10/2016).

Ante todo o exposto, não conheço do presente *habeas corpus* **Concedo, de ofício, a ordem**, para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo e reduzir a pena imposta ao paciente nos termos acima delineados.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0077506-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 499.388 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0008629252017824003350000 082018003962483 8629252017824003350000

EM MESA

JULGADO: 18/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : DIEGO MARCELO REMPEL (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.