



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.037 - ES (2012/0059098-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO NASCIMENTO QUEIROZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO QUE SE LIMITOU A CONCEITUAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, SEM EXAMINÁ-LAS À LUZ DO CASO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ESCALADA. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. CONFISSÃO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido na hipótese, na qual o magistrado limitou-se a conceituar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sem examiná-las à luz do caso concreto.

3. O exame de corpo de delito é indispensável para a comprovação da presença da qualificadora prevista no art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, o que não se verificou na hipótese em apreço.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para decotar a qualificadora prevista no inciso II do art. 155, § 4.º, do Código Penal, e redimensionar a pena imposta ao Paciente, nos termos explicitados no voto, mantida, no mais, a condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 21 de novembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.037 - ES (2012/0059098-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO NASCIMENTO QUEIROZ

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GUSTAVO NASCIMENTO QUEIROZ, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO NAS IRAS DO ARTIGO 155, § 4º, II E ARTIGO 157, § 2º, I, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL EM RELAÇÃO A AMBOS OS DELITOS POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANDO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - DESCLASSIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO DE FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA PARA FURTO SIMPLES POR FALTA DE PERÍCIA - DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA QUANTO AO CRIME DE ROUBO, PELO FATO DE A ARMA NÃO TER SIDO APREENDIDA E NEM SUBMETIDA A EXAME PERICIAL DE PRESTABILIDADE - APELO IMPROVIDO.

1) Mesmo que de forma sucinta, o Magistrado sentenciante fundamentou cada circunstância judicial. Ainda, o Dr. Juiz de Direito aplicou o quantum a pena dentro dos limites estabelecidos pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade da pena, pois existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, portanto, a pena-base aplicada não foi exacerbada, tendo o Magistrado sentenciante agido com propriedade, prolatando sentença em plena harmonia com os ditames legais que regem os temas discutidos nesta ação penal, bem como analisou corretamente as circunstâncias judiciais descritas no art. 59, bem como, o artigo 68 do CP.

2) Não a necessidade de realização de perícia para aplicação da qualificadora de furto mediante escalada, previsto no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal. A falta do laudo pericial pode ser suprido por prova oral, como ocorreu in casu, inclusive com a própria confissão do réu.

3) É entendimento de que a não apreensão e realização de perícia da arma quando suprida por outros meios de prova, in casu, a prova testemunhal, mostra-se apta a caracterizar o aumento de pena.

4) **APELO IMPROVIDO.**" (fls. 32/33 - grifos no original)

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, e no art. 157, § 2º, inciso I, ambos do Código Penal, às penas de 09



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 96 (noventa e seis) dias-multa.

Interposta apelação pela Defesa, o Tribunal de origem houve por bem negar provimento ao apelo, mantendo incólume a sentença condenatória.

No presente *writ*, sustenta o Impetrante que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em fundamentação genérica e deficiente. Assevera que o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea ensejou redução de apenas 06 meses na pena, montante este "*muito aquém do 1/3 (um terço) recomendado pela jurisprudência*" (fl. 06). Por fim, alega que não deve ser aplicada a qualificadora da escalada ao crime de furto, pois não houve a realização de exame pericial para sua comprovação.

Requer assim, inclusive liminarmente, a readequação da pena-base, a fixação da atenuante da confissão espontânea no patamar de 1/3 (um terço), bem como a desclassificação do delito de furto qualificado para o delito de furto simples.

A medida liminar foi indeferida nos termos da decisão de fl. 60.

As judiciosas informações foram acostadas às fls. 69/86.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 90/94, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.037 - ES (2012/0059098-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENNA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO QUE SE LIMITOU A CONCEITUAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, SEM EXAMINÁ-LAS À LUZ DO CASO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ESCALADA. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. CONFISSÃO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido na hipótese, na qual o magistrado limitou-se a conceituar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sem examiná-las à luz do caso concreto.

3. O exame de corpo de delito é indispensável para a comprovação da presença da qualificadora prevista no art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, o que não se verificou na hipótese em apreço.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para decotar a qualificadora prevista no inciso II do art. 155, § 4.º, do Código Penal, e redimensionar a pena imposta ao Paciente, nos termos explicitados no voto, mantida, no mais, a condenação.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

No caso dos autos, o magistrado *a quo* ao fixar as reprimendas teceu as seguintes considerações:

*"Passo a dosimetria da pena, conforme o art. 59 e 68 do Código Penal. **Crime de furto**: o acusado agiu de maneira reprovável, estando comprovada sua **culpabilidade**. Os motivos e metas, a atitude interna que se refletiu no delito e o grau de contrariedade ao dever demonstram a elevação do grau de culpabilidade, pois o acusado tinha consciência do ilícito por ele praticado. **Sua vida ante acta** encontra-se imaculada, em que pesem os documentos de fls. 67/69. **Sua conduta social**, que se refere na convivência , no grupo e sociedade aparentemente é normal. **Sua***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade ou o todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam, ou influenciam o comportamento humano, forma de ser, agir e sentir, não estão demonstradas nos autos, não podendo ser consideradas em seu desfavor. **Os motivos**, precedentes causais de caráter psicológico de ação ou mola propulsora do delito, não podem, no caso, exacerbar a reprimenda a ser imposta. **As circunstâncias** que se resumem no lugar do crime, tempo de sua duração e outros devem ser sopesadas. **As consequências** do delito, que se resumem nos efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto de dano ou perigo de dano e o sentimento de dano se refletem na reprovabilidade mais elevada. **O comportamento da vítima** em nada influi na prática do delito. Assim, considerando a pena prevista no art. 155, § 4.º, inciso I, do CP, fixo a pena base em 03 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa. Incide a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, razão pela qual **atenuo a pena imposta em 06 (seis) meses de reclusão, para fixá-la em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e multa** no valor acima fixado. Não existem outras atenuantes ou agravantes, bem como causas de diminuição ou aumento de pena. **Crime de roubo:** O acusado agiu de maneira reprovável, estando comprovada sua **culpabilidade**. Os motivos e metas, a atitude interna que se refletiu no delito e o grau de contrariedade ao dever demonstram a elevação do grau de culpabilidade, pois o acusado tinha consciência do ilícito por ele praticado. **Sua vida ante acta** encontra-se imaculada, em que pesem os documentos de fls. 67/69. **Sua conduta social**, que se refere na convivência, no grupo e sociedade aparentemente é normal. Sua **personalidade** ou o todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam, ou influenciam o comportamento humano, forma de ser, agir e sentir, não estão demonstradas nos autos, não podendo ser consideradas em seu desfavor. **Os motivos**, precedentes causais de caráter psicológico de ação ou mola propulsora do delito, não podem, no caso, exacerbar a reprimenda a ser imposta. **As circunstâncias** que se resumem no lugar do crime, tempo de sua duração e outros devem ser sopesadas. **As consequências** do delito, que se resumem nos efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto de dano ou perigo de dano e o sentimento de dano se refletem na reprovabilidade mais elevada. O comportamento da vítima em nada influi na prática do delito. Diante da análise das circunstâncias judiciais, **fixo a pena a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. Deixo de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, II, "d", do CP, tendo em vista que o réu, em Juízo, negou o roubo a si imputado nos autos. Não existem atenuantes, agravantes ou causas de diminuição de pena. Há uma causa de aumento de pena, prevista no inciso I do § 2º, art. 157 do CPB, razão que implica em maior reprovação da conduta praticada. Assim, elevo a pena acima imposta em 1/3, para fixá-la em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e multa de 60 (sessenta) dias.** (fls. 16/17)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve as penas fixadas em primeira instância,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos seguintes termos:

"No tocante a fixação da pena-base no mínimo legal em relação a ambos os delitos, tendo em vista a ausência de fundamentação quando da análise das circunstâncias judiciais para a manutenção da sanção penal acima do mínimo legal, tenho que não merece prosperar tal irresignação, haja vista que, mesmo que de forma sucinta, o Magistrado sentenciante fundamentou satisfatoriamente cada circunstância judicial.

Ainda, o Dr. Juiz de Direito aplicou o quantum da pena dentro dos limites estabelecidos pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade da pena, pois existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, portanto, a pena-base aplicada não foi exacerbada, tendo o Magistrado sentenciante agido com propriedade, prolatando sentença em plena harmonia com os ditames legais que regem os temas discutidos nesta ação penal, bem como analisou corretamente as circunstâncias judiciais descritas no art. 59, bem como, o artigo 68 do CP." (fls. 35/36).

Pois bem. Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na hipótese dos autos, a leitura da dosimetria da pena demonstra que o magistrado limitou-se a conceituar, uma a uma, as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Deixou, entretanto, de examiná-las à luz do caso concreto, indicando elementos fáticos aptos a justificar a exasperação da pena base.

De fato, no que se refere à **culpabilidade** do agente, conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua valoração negativa.

Oportuno trazer à colação o entendimento doutrinário de Rogério Greco:

"Temos que realizar dessa forma, uma dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade está aferida como escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador." (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10ª ed., Editora Impetus, Vol. I, p. 740.).

Na hipótese, limitou-se o magistrado a asseverar que "O acusado agiu de maneira reprovável, estando comprovada sua culpabilidade" (fl. 16). Assim, nota-se que a fixação da pena-base do Paciente acima do mínimo legal, no que concerne à sua **culpabilidade e igualmente em relação as outras circunstâncias judiciais**, foi realizada com base em considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva e com base em elementos inerentes ao próprio tipo penal, o que, reitera-se, é ilegal.

Também desta Corte Superior, no sentido de tal conclusão:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES E HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NOS ANTECEDENTES DO RÉU. POSSIBILIDADE.

1. *Em relação à culpabilidade, o magistrado singular se limitou a afirmar que 'o réu agiu de forma absolutamente censurável, sem se intimidar com o mal que poderia causar à vítima com a sua conduta de passar a arma ao executor dos disparos.'*

2. *Na exasperação da pena-base com fundamento na culpabilidade, para a demonstração de maior ou menor censurabilidade da conduta, deve o magistrado enfatizar a realidade concreta em que esta ocorreu, bem como a intensidade do dolo do agente, o que, no caso dos autos, não ocorreu.*

3. *Em relação aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, também não logrou êxito o Juízo de primeiro grau em justificá-los, tendo se limitado a afirmações genéricas de que o motivo do crime foi 'uma desavença', 'a vítima estava desarmada' e 'as consequências são graves, consistentes na subtração da vida de um jovem de 24 anos', eventualidades, em geral, existentes em crime de homicídio, podendo ser consideradas inerentes ao próprio tipo do delito em questão e, portanto, inidôneas para justificar o aumento da pena.*

[...]

5. *Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente para 7 anos, resultando a pena definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado." (HC 171.395/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 01/02/2012; grifos acrescidos.)*

"HABEAS CORPUS. ART. 288, DO CÓDIGO PENAL. ART. 4º, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. ART. 22, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º, INCISOS VI E VII, DA LEI N.º 9.613/98. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IDENTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ENTRE CO-RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUANTO A ESSE TOCANTE NÃO EVIDENCIADO. PENAS-BASES DOS DELITOS MAJORADAS EM RAZÃO DA PRETENSÃO DOS PACIENTES DE OBTEREM INDEVIDA VANTAGEM PATRIMONIAL, PELO FATO DE TER HAVIDO PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS, POR SER SOFISTICADO E COMPLEXO O ESQUEMA VOLTADO À PRÁTICA DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS CLANDESTINAS E PELAS GRAVES CONSEQUÊNCIAS QUE TAIS FATOS GERARAM. ELEMENTOS QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÕES NEGATIVAS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. DIMINUIÇÃO DAS PENAS-BASES QUE SE IMPÕE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É perfeitamente admissível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, quando similares as situações entre os Corréus, não ocorrendo nulidade na sentença por falta de individualização da pena. Precedentes desta Corte.

2. Entretanto, **não pode o julgador majorar a pena-base com fundamento em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva. Explicite-se: é indevida a exasperação da pena-base mediante a utilização de circunstâncias inerentes aos próprios tipos penais pelos quais os Pacientes foram condenados.**

3. No caso, a pretensão dos Pacientes de obterem indevida vantagem patrimonial, o fato de ter havido prejuízo aos cofres públicos, a sofisticação e complexidade do esquema voltado à prática de operações financeiras clandestinas - elementos reconhecidos nas instâncias ordinárias para ressaltar a culpabilidade -, bem assim as graves consequências que tais fatos geraram, não podem ser considerados circunstâncias judiciais desfavoráveis. Tais dados, na verdade, são ínsitos aos paradigmas tipificados nas Leis Penais pelos quais foram condenados, e não extrapolam o resultado típico pretendido pelos Agentes.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, diminuir as penas-bases de todos os delitos pelos quais os Pacientes foram condenados para o mínimo legal, nos termos do voto condutor do julgado." (HC 123.760/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 28/11/2011; grifos acrescidos.)

Nota-se, ainda, que a dosimetria da pena relativa ao delito de roubo circunstanciado foi realizada levando-se em consideração os mesmos elementos utilizados na dosimetria do delito de furto, os quais, conforme mencionado, não se prestam a exasperar a pena-base do Paciente. Deve a pena-base relativa ao delito de furto e ao delito de roubo, assim, ser reduzida ao mínimo legal. Em consequência, fica prejudicado o pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea, em relação ao delito de furto, no patamar de 1/3, em razão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no enunciado da Súmula n.º 231 desta Corte Superior ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal").

Por outro lado, no que diz respeito à presença da qualificadora prevista no art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, o magistrado de piso, no que foi corroborado pelo Tribunal de origem, asseverou:

"No que concerne à qualificadora prevista no inciso II do § 4.º do artigo 155 do CPB, tem-se que restou caracterizada uma vez que o próprio réu em suas declarações na esfera policial e em Juízo afirmou que para adentrar na residência da vítima Lúcia do Carmo, teve que pular/escalar um muro que guarnecia a residência daquela, estando a sua confissão em harmonia com as demais provas produzidas. No que tange à falta de perícia para ser configurada a referida qualificadora, este Magistrado se filia à corrente jurisprudencial que entende que "se o réu confessou tanto na fase policial quanto na judicial, fica suprimido o laudo pericial imprestável [...]" (fl. 15)

Contudo, cumpre asseverar que é indispensável o exame de corpo de delito para comprovar a materialidade do crime. O laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal tão somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos.

Confira-se o disposto pelo art. 158 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

"Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

No caso dos autos, as instâncias ordinárias não mencionaram a respeito da ausência de vestígios ou da impossibilidade de realização da perícia, limitando-se a afirmar que a confissão do acusado seria suficiente para comprovar a qualificadora da escalada.

Portanto, se era possível a realização da perícia de local, a prova testemunhal, o depoimento da vítima ou a confissão do acusado - essa, inclusive, por expressa determinação legal (art. 158 do Código de Processo Penal) - não se prestam a suprir o exame de corpo de delito.

Em relação à indispensabilidade do exame de corpo de delito no crime de furto qualificado pela escalada, confirmam-se as considerações de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

"59. Furto qualificado: refere-se a lei especificamente ao furto qualificado, nada impedindo que outra figura típica qualquer, prevendo a mesma situação, possa valer-se do disposto neste artigo do Código de Processo Penal. É imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis. O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*mesmo se diga do furto cometido mediante escalada, ainda que, nesta hipótese, os rastros do crime possam ter desaparecido ou nem ter existido. Tal ocorrência não afasta, em nosso entender, a realização da perícia, pois o lugar continua sendo propício para a verificação. Ex.: caso o agente ingresse em uma casa pelo telhado, retirando cuidadosamente as telhas, recolocando-as depois do crime; pode ser que a perícia não encontre os vestígios da remoção, mas certamente conseguirá demonstrar que o local por onde ingressou o ladrão é alto e comporta a qualificadora da escalada. Sabe-se, por certo, que tal não se dá quando o agente salta um muro baixo, sem qualquer significância para impedir-lhe a entrada, algo que a perícia tem condições de observar e atestar. Por isso, as testemunhas somente podem ser aceitas para suprir a prova pericial, no caso da escalada, quando for para indicar o percurso utilizado pelo agente para ingressar na residência, mas não para concluir que o lugar é, de fato, sujeito à escalada, salvo se a casa tiver sido, por alguma razão, demolida. **Em síntese, pois, o exame pericial é indispensável nesses dois casos (destruição ou rompimento de obstáculo e escalada), podendo ser suprido pela prova testemunhal somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo e o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos.**" (Código de Processo Penal Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, pág. 388.)*

Sobre o assunto, calha trazer à colação, ainda, a lição apresentada por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, que acrescenta a necessidade do laudo pericial também para se averiguar a ocorrência, ou não, de esforço fora do comum utilizado pelo agente na escalada:

"Para o reconhecimento da qualificadora exige-se, ainda, que a escalada seja fruto de um esforço fora do comum por parte do agente, não bastando a mera transposição de obstáculo facilmente vencível (ex: saltar muro baixo). Por essa razão, em que pese corrente em sentido contrário, pensamos imprescindível a perícia, a qual atestará (ou não) a dificuldade enfrentada pelo agente." (in Direito Penal, vol. 3, Parte Especial, Ed. RT, p. 125.)

Assim, impõe-se afastar a incidência da qualificadora, porque não existe prova concreta que comprove inequivocamente a materialidade da escalada, na ausência de laudo pericial, não se prestando a isolada confissão do Paciente para tal finalidade.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME DE CORPO DE DELITO. REALIZAÇÃO POR PERITOS NÃO-OFICIAIS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Impossibilidade de conhecimento do recurso pela alínea "c", uma vez que o recorrente não apresentou dissídio jurisprudencial. In casu, não houve indicação do acórdão paradigma, nem demonstração da divergência.

2. Pela interpretação dos arts. 158 e 167 do Código de Processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova testemunhal supri-lo apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido. Precedentes do STJ.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, caso não haja peritos oficiais, o laudo pericial poderá ser realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja incluída a qualificadora do rompimento de obstáculo." (REsp 778.898/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 13/04/2009)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIO. INDISPENSABILIDADE DE CONSTATAÇÃO VIA PERÍCIA. EXAME REALIZADO POR DOIS PERITOS LEIGOS. AUSÊNCIA DE NÍVEL SUPERIOR DE UM DOS EXPERTS. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO LAUDO PELA PROVA TESTEMUNHAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 167 DO CPP. OFENSA AO ART. 159, § 1º, DO CPP EVIDENCIADA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. EIVA RECONHECIDA. QUALIFICADORA AFASTADA.

1. Tratando-se o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo de delito que deixa vestígio, é indispensável a realização de perícia para a sua comprovação, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou estes não puderem ser constatados pelos peritos. Exegese dos arts. 158 e 167 do CPP.

2. Possível a perícia, deve ser efetuada por dois peritos oficiais ou por duas pessoas idôneas e obrigatoriamente portadoras de diploma de curso superior. Inteligência do art. 159, § 1º, do CPP.

3. É nulo o laudo pericial que atesta o arrombamento em que apenas um dos peritos leigos era portador de diploma de nível superior.

4. A confissão do acusado não pode servir de prova para atestar o rompimento do obstáculo quando não ocorrentes as hipóteses expressamente previstas no art. 167 do CPP.

5. Ordem concedida para, reconhecendo-se a nulidade do laudo pericial de constatação de arrombamento, excluir-se da condenação a qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP, determinando-se que a pena aplicada ao paciente seja redimensionada pelo Juízo de primeira instância." (HC 104.672/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 06/04/2009)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP. PREJUDICADO.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art.159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência. Entender em sentido contrário exigiria o reexame do material fático-probatório, o que não é possível nesta via (Súmula 07/STJ).

II - Tendo em vista o não reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração da coisa, resta prejudicado o pedido de afastamento do privilégio constante do art. 155, § 2º, do CP.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido." (REsp 1053043/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 10/11/2008)

Feitas as considerações acima, passo à dosimetria da pena.

Afastando-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis, e tendo em vista **o afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 2.º, incisos II, do Código Penal, deve a pena-base do Paciente, em relação ao delito de furto, ser fixada no mínimo legal de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Em relação ao delito de roubo, pelos mesmos motivos, fica a pena-base fixada no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.**

Tendo em vista a fixação da pena-base no mínimo legal, deixo de aplicar, conforme já ressaltado, a atenuante da confissão espontânea, em razão do disposto no enunciado da Súmula n.º 231 desta Corte ("*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*")

Na terceira fase da dosimetria da pena, em relação ao delito de roubo, incide a majorante do art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, fixada no mínimo legal de 1/3, ficando a pena definitiva, para este crime, fixada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa).

Dessa forma, restam as penas fixadas, definitivamente, em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto, que se justifica pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, pela primariedade deste e pelo *quantum* de pena aplicado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ademais, consoante informações obtidas em consulta ao *site* do Tribunal de Justiça capixaba, que faço juntar aos autos, nota-se que o Paciente já foi agraciado com a progressão para o regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente, decotar a qualificadora do inciso II do art. 155, § 4.º, do Código Penal e reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos acima explicitados.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0059098-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 237.037 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100120003965 21100096128 2232010

EM MESA

JULGADO: 21/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: GUSTAVO NASCIMENTO QUEIROZ

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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.