



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 465.009 - SC (2018/0210980-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EDUARDO VARGAS DE FREITAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de ser necessário o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios. Não supre sua ausência a prova testemunhal ou a confissão do acusado, quando possível a realização da perícia, nos termos dos arts. 158 e 159 do Código de Processo Penal – CPP. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para restabelecer a sentença monocrática.

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, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 23 de outubro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 465.009 - SC (2018/0210980-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EDUARDO VARGAS DE FREITAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de EDUARDO VARGAS DE FREITAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0006525-90.2017.8.24.0023).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 1 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente no regime semiaberto, mais o pagamento de 12 dias-multa, como incurso no art. 155, *caput*, c.c § 1º, do Código Penal – CP (furto).

Interposta apelação, por ambas as partes, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa e acolheu a irresignação do Ministério Público, para reconhecer o rompimento de obstáculo e readequar a reprimenda ao patamar de 2 anos e 4 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, nos termos do julgamento acostado às fls. 263/282.

Daí o presente *writ*, no qual a Defensoria Pública pugna pela exclusão da qualificadora, pois ausente laudo pericial nesse sentido.

Indeferido o pedido liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem:

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR. FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA.

1. O *habeas corpus*, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada.

2. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos delitos que deixam vestígios é necessária a realização de prova pericial para comprovação da materialidade, sendo que sua ausência não pode ser suprida por prova testemunhal ou pela confissão do acusado.

3. Parecer pelo não conhecimento do *writ*. Pela concessão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ordem, de ofício (fl. 294).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 465.009 - SC (2018/0210980-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, o Magistrado sentenciante elaborou o decreto condenatório nestes termos:

[...] Na primeira fase, ausentes circunstâncias negativas do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 1 ano de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa, cada qual no valor mínimo e fixada nos termos do art. 49 do Código Penal, consoante já fundamentado. Já na segunda fase da aplicação da pena, presente a agravante da reincidência nos termos da certidão de fl. 32/38, na qual aponta condenação do réu já transitada em julgada, em data anterior à prática do fato nos presentes autos, razão pela qual aumento a reprimenda em quatro meses de reclusão e dois dias multa. Considerando a confissão espontânea, e reduzo a pena em quatro meses de reclusão e dois dias multa. Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena, prevista no parágrafo 1º do art. 155 do CP, razão pela qual majoro a pena em 1/3, equivalente à 4 meses de reclusão e dois dias multa. Ausente causa especial de diminuição da pena, razão pela qual fixo a pena em 1 ano e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 12 dias multa, fixado o dia-multa no mínimo legal, ou seja, 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Considero a detração, porquanto o réu foi preso no dia 04/12/2017, conforme documento de fl. 150, o que perfaz dois meses e 17 dias até a presente data de modo que, torno definitivamente a pena do réu em um ano, um mês e treze dias de reclusão, mantida a pena de multa acima fixada. Inviável a substituição da pena reclusiva por pena ou por penas restritivas de direito ou multa diante do óbice previsto no art. 44, inciso II do CP, em razão da reincidência do réu acima indicada. Fixo ao réu regime semiaberto como o inicial cumprimento da pena, considerando a quantidade de pena aplicada e a reincidência mencionada, nos termos do art. 33, parágrafo 2º, inciso b, do CP, mesmo considerando o disposto no art. 387, parágrafo 2º do CPP (fl. 181).

A Corte estadual, por sua vez, fundamentou a incidência da qualificadora, destacando:

O órgão ministerial pleiteia, em suas razões recursais, o reconhecimento da qualificadora decorrente do rompimento de obstáculos, argumentando ter sido essa circunstância devidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovada nos autos, sendo desnecessária a realização de exame pericial para esse fim.

Com razão o recorrente.

Compulsando-se o caderno processual, observa-se que, de fato, a conduta narrada na exordial acusatória, incluindo o rompimento de obstáculos, restou perfeitamente evidenciada durante a instrução probatória.

Apesar de não ter sido realizada a perícia no veículo da vítima, as testemunhas policiais ouvidas em ambas as fases processuais - Daniel Fellipe Debastiani e Márcio Antonio Carneiro -, bem como o ofendido - apenas na fase indiciária -, não deixaram dúvidas de que o automóvel fora arrombado quando da prática delitiva.

Observa-se, portanto, que os elementos constantes dos autos não deixam quaisquer dúvidas a respeito da efetiva ocorrência da qualificadora.

É bem verdade que existe corrente doutrinária, que fora seguida pelo Togado sentenciante, no sentido de que, em se tratando de crime que deixa vestígios, o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal exige o exame pericial, "[...] não podendo supri-lo a prova testemunhal. Esta somente será admitida, em lugar do exame, caso os vestígios tenham desaparecido". (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 747).

Todavia, este Tribunal tem adotado o posicionamento de que para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo não se faz necessário o exame pericial, desde que outros elementos de prova, ainda que meramente testemunhais, supram a omissão - conforme tem-se na hipótese em tela.

[...]

Assim, havendo elementos seguros de prova a demonstrar o rompimento de obstáculo, os quais são suficientes para reconhecer em desfavor do acusado a qualificadora descrita no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, imperioso se mostra o provimento do recurso ministerial. Dessa forma, diante da nova classificação da conduta imputada ao réu, procede-se à nova dosimetria e, em seguida, à adequação da reprimenda.

Prima facie, destaca-se, não obstante a alteração da jurisprudência da Corte Superior, esta Câmara tem, ainda, concluído pela adequação do posicionamento que aponta a incompatibilidade da majorante do repouso noturno com a modalidade qualificada do delito de furto.

[...]

Dessa forma, por representar, a prática do delito durante o período noturno, elemento que, indubitavelmente, confere maior gravidade à conduta, pode ela ser considerada como circunstância judicial negativa, a incidir na primeira fase dosimétrica, razão pela qual deve ser realizada a migração de tal situação para a primeira etapa da pena.

Por tais razões, procedo à readequação da reprimenda, para que, na primeira etapa do cálculo, considerando agora a forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificada do delito e a ausência de outras circunstâncias judiciais reconhecidas pelo Magistrado sentenciante, seja a pena majorada em virtude da circunstância desfavorável do delito (migração do repouso noturno), o que faço no patamar de 1/6 (um sexto), em consonância com o critério comumente utilizado por esta Corte. Assim, resta a pena-base estabelecida em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, utilizando os mesmos fundamentos utilizados da sentença, até porque não houve insurgência recursal nesse sentido, "[...] presente a agravante da reincidência nos termos da certidão de fl. 32/38, na qual aponta condenação do réu já transitada em julgada, em data anterior à prática do fato nos presentes autos, razão pela qual aumento a reprimenda em quatro meses de reclusão e dois dias multa. Considerando a confissão espontânea, e reduzo a pena em quatro meses de reclusão e dois dias multa" (fl. 173), o que torna a pena, na atual fase, no patamar estabelecido na fase anterior.

Na terceira fase, diante da ausência de causa especial de aumento ou diminuição de pena, resta a reprimenda estabelecida em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixado em seu valor mínimo legal.

No que toca à detração, não obstante realizada na sentença pelo Magistrado a quo, diante da alteração do quantum de pena aqui concretizado, novo cálculo deve ser feito, agora pelo juízo da execução, por ser o competente e mais capaz de realizar os cálculos pertinentes à espécie e verificar eventual saldo remanescente a ser cumprido.

Diante da reincidência do réu, conforme fixado sentencialmente, inviável a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, diante do óbice previsto no art. 44, inciso II do Código Penal. Pelo mesmo motivo, mantém-se o regime intermediário fixado pelo Togado sentenciante.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer dos recursos, negar provimento ao interposto pela defesa e dar provimento ao apelo ministerial, a fim de reconhecer a qualificadora decorrente do rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal), readequando-se a reprimenda do réu para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo legal, mantidas as demais cominações da sentença (fls. 276/279).

Os elementos existentes nos autos informam que a instância ordinária reconheceu a qualificadora do rompimento de obstáculo, mesmo sem a realização de prova pericial.

Quanto ao tema, a jurisprudência desta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de ser necessário o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios. Não supre sua ausência a prova testemunhal ou a confissão do acusado, quando possível a realização da perícia, nos termos dos arts. 158 e 159 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código de Processo Penal – CPP.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PERÍCIA. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. ESCALADA NÃO CONFIRMADA. PROVA TESTEMUNHAL. INSUFICIÊNCIA. QUALIFICADORA AFASTADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Para o reconhecimento da qualificadora da escalada ou do rompimento de obstáculo é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se (a) o delito não deixar vestígios; (b) os vestígios deixados desapareceram; ou (c) as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência das qualificadoras previstas no art. 155, § 4º, inciso I e II, do Código Penal, exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo ou da escalada, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direto.

4. Evidenciado que além de a qualificadora ter sido indevidamente reconhecida com base apenas na prova testemunhal, a perícia realizada no local dos fatos não constatou a existência de marcas que pudessem sugerir a escalada, deve ser afastada a qualificadora.

5. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de afastar a qualificadora da escalada e determinar que o Juízo da Execução realize nova dosimetria da pena imposta ao paciente (HC 422.531/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/09/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO AFASTADA. AUSÊNCIA EXAME PERICIAL DIRETO. PROVA TESTEMUNHAL INSUFICIENTE PARA COMPROVAR A QUALIFICADORA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Segundo o entendimento desta Corte, o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo exige a realização de exame pericial direto, admitindo-se a constatação indireta nos casos em que a infração não deixar vestígios ou esses forem insubsistentes ou inexistentes no momento da apuração do crime, devendo tais circunstâncias estarem bem demonstradas nos autos.

2. In casu, os julgamentos estaduais reconheceram a qualificadora tão somente em razão da prova testemunhal sem indicarem qualquer circunstância que justificasse a não realização da perícia técnica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A decisão agravada que afastou a qualificadora do rompimento de obstáculo deve ser mantida tendo em vista o acórdão recorrido ter contrariado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1708616/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/05/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 158 DO CPP. DESPROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte tem-se orientado pela possibilidade de substituição do laudo pericial por outros meios de prova quando o delito não deixar vestígios, esses tenham desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

2. No caso, as instâncias ordinárias entenderam pela desnecessidade de perícia, tendo em vista os depoimentos testemunhais, no sentido de ter o réu pulado um muro de cerca de 2,130 metros para ingressar no canteiro da obra, subtraindo a res furtivae.

3. Em hipóteses tais, ainda que existentes nos autos outros elementos aptos a comprovarem a escalada, entende esta Corte pela necessidade de perícia para a incidência da qualificadora, sob pena de violação do art. 158 do Código de Processo Penal.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1583053/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/08/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. COMPROVAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. EXAME PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, o reconhecimento da qualificadora da escalada, prevista no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, exige a realização de exame pericial, o qual somente pode ser substituído por outros meios probatórios quando inexistirem vestígios, o corpo de delito houver desaparecido ou as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

2. Recurso provido para afastar a qualificadora da escalada da condenação do recorrente pelo delito de furto (REsp 1320298/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/02/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REALIZAÇÃO DO EXAME. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DA PROVA TÉCNICA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Da leitura dos artigos 158 e 167 do Código de Processo Penal, extrai-se que a perícia somente é essencial para comprovar a materialidade delitiva quando o crime deixa vestígios, admitindo-se a prova testemunhal quando estes não estiverem mais presentes.

2. Por sua vez, o artigo 171 da Lei Penal Adjetiva confirma a necessidade de realização de perícia para a comprovação da qualificadora da escalada, que pode ser substituída por outras provas apenas quando os vestígios desaparecerem, não existirem, ou o exame técnico não for passível de implementação.

3. Na espécie, as instâncias de origem não apresentaram fundamentos idôneos para justificar a ausência do exame pericial, que inclusive foi solicitado pela autoridade policial, limitando-se a admitir a prova testemunhal para caracterizar a qualificadora da escalada, compreensão que não se coaduna com os preceitos legais que regem a matéria, bem como com a jurisprudência deste Sodalício acerca do tema.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para afastar a qualificadora da escalada no crime de furto, reduzindo a pena imposta ao paciente para 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 6 (seis) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado (HC 330.156/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 10/11/2015).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. ESCALADA. LAUDO PERICIAL NÃO PRODUZIDO. AUSÊNCIA NÃO JUSTIFICADA.

1. Para a incidência da 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. Apenas é possível a substituição do laudo pericial por outros meios de prova se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

2. No caso, a Corte de origem não fez referência a nenhuma dessas razões, limitando-se a afirmar ser prescindível a realização de perícia e ser possível que a prova testemunhal supra a ausência da prova técnica.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1426346/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 11/12/2014).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se a ordem, de ofício, para restabelecer a sentença monocrática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0210980-2

HC 465.009 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00065259020178240023 40069380720178240000 65259020178240023

EM MESA

JULGADO: 23/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: EDUARDO VARGAS DE FREITAS (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.