



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.787 - RJ (2016/0047589-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOSIEL DE OLIVEIRA GOMES

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA. PERÍCIA NÃO REALIZADA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.
2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada não prescinde da realização de exame pericial, somente sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios quando não existirem vestígios, se estes tenham desaparecido, ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. Precedentes.
3. As instâncias ordinárias não lograram justificar a impossibilidade de realização da perícia, tendo sido reconhecido apenas ser tal exame desnecessário diante da existência de farta prova testemunhal a atestar que o coautor teria escalado um muro para adentrar no estabelecimento comercial. Decerto, a perícia, ainda que indireta, não foi realizada, o que se afigurava perfeitamente possível mesmo se considerado o decurso de cerca de sete anos entre a data dos fatos e o oferecimento da denúncia.
4. Deve ser decotado o *quantum* de exasperação da pena pela incidência da qualificadora da escalada. Assim, considerando se tratar de furto qualificado pelo concurso de agentes, deve ser estabelecida a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, à razão mínima, ficando mantido o regime semiaberto em razão da reincidência.
5. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para fixar a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, em regime semiaberto, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, à razão mínima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.787 - RJ (2016/0047589-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JOSIEL DE OLIVEIRA GOMES

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JOSIEL DE OLIVEIRA GOMES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal.

Da sentença, foi interposta apelação perante a Corte de origem, que restou desprovida, nos termos do acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELA ESCALADA E CONCURSO DE PESSOAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPAROS. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO QUE DESFAVORECEM AO ACUSADO. RÉU REINCIDENTE, OSTENTANDO OITO ANOTAÇÕES EM SUA FAC, SENDO A MAIORIA POR CRIMES PRATICADOS CONTRA O PATRIMÔNIO. Materialidade e autoria que restaram comprovadas. Prova incontestes dos fatos imputados ao acusado que autoriza a condenação. Bens subtraídos mediante escalada e concurso de agentes. Relevância da palavra da vítima. Reconhecimento da participação de menor agentes. Relevância da palavra da vítima. Reconhecimento da participação de menor importância. Impossibilidade. A hipótese é de evidente coautoria. Lame subjetivo demonstrado. Atuação relevante de ambos os agentes visando ao sucesso da empreitada criminosa. Aumento da pena-base acima do mínimo plenamente justificado. Dosimetria que não merece reparos. RECURSO CONHECIDO e DESPROVIDO para manter a sentença combatida nos termos em que foi proferida"(e-STJ, fls. 64-65).

Neste *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que: a) "a não realização do exame pericial inviabiliza a constatação da qualificadora da escalada"; b) "a prova oral não basta para a configuração da materialidade nem sequer a confissão do réu"; c) "quando a conduta deixar vestígios, 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 tornado impróprio para a constatação dos peritos"; d) "o Tribunal *a quo* não fundamentou a falta de realização da perícia à ausência de vestígios, ou no desaparecimento deles ou, ainda, em eventuais impossibilidades de realização da perícia e confecção do laudo. De fato, a qualificadora da escalada na presente hipótese está fundamentada apenas no depoimento do lesado" (e-STJ, fls. 1-9).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja afastada a incidência da qualificadora da escalada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fl. 77).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela sua denegação (e-STJ, fls. 103-107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.787 - RJ (2016/0047589-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JOSIEL DE OLIVEIRA GOMES

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA. PERÍCIA NÃO REALIZADA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada não prescinde da realização de exame pericial, somente sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios quando não existirem vestígios, se estes tenham desaparecido, ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. Precedentes.

3. As instâncias ordinárias não lograram justificar a impossibilidade de realização da perícia, tendo sido reconhecido apenas ser tal exame desnecessário diante da existência de farta prova testemunhal a atestar que o coautor teria escalado um muro para adentrar no estabelecimento comercial. Decerto, a perícia, ainda que indireta, não foi realizada, o que se afigurava perfeitamente possível mesmo se considerado o decurso de cerca de sete anos entre a data dos fatos e o oferecimento da denúncia.

4. Deve ser decotado o *quantum* de exasperação da pena pela incidência da qualificadora da escalada. Assim, considerando se tratar de furto qualificado pelo concurso de agentes, deve ser estabelecida a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, à razão mínima, ficando mantido o regime semiaberto em razão da reincidência.

5. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para fixar a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, em regime semiaberto, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, à razão mínima.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus, de ofício.

Transcrevo excertos da sentença e do acórdão que a confirmou:

"A qualificadora da escalada, prevista no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal restou plenamente configurada, sendo certo que é desnecessária a existência de laudo pericial, podendo a referida qualificadora ser evidenciada por outros meios probatórios.

Nessa ordem de idéias, se depreende claramente, através do minucioso relato do lesado, que o comparsa do acusado não teria outra forma de ingressar no estabelecimento empresarial em tela que não fosse mediante escalada, tanto que este último teria quebrado o braço quando de tal ingresso.

Frise-se, outrossim, que não restou constatado nenhum arrombamento na porta de entrada da firma, o que reforça o entendimento que a única forma de ingresso do comparsa do acusado seria pelo vão existente na parte superior do galpão.

Acrescente-se, ainda, que o comparsa do acusado teve que se submeter a um esforço tão incomum e anormal para ingressar no imóvel do ofendido que, repise-se, acabou por se acidentar no decorrer da empreitada delitiva" (e-STJ, fls. 39-40)

"No que tange à alegação de que a inexistência de laudo pericial importaria na descaracterização da qualificadora não procede e isso porque a Jurisprudência Pátria já se firmou no sentido de que a ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar a qualificadora da escalada, principalmente quando a prova oral colhida é inequívoca.

Logo, dúvidas não há que o crime cometido pelo ora Apelante foi praticado mediante escalada e em concurso de agentes" (e-STJ, fl. 72).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada 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.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Quinta Turma:

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

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DA PROVA TÉCNICA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO.

COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. BEM DE VALOR CONSIDERÁVEL. ACUSADO QUE OSTENTA CONDENAÇÃO POR CRIME DA MESMA NATUREZA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. A conduta narrada nos autos se amolda tanto à tipicidade formal e subjetiva, quanto à tipicidade material, que consiste na relevância jurídico-penal da ação, pois o valor do bem subtraído não se revela ínfimo, correspondendo a cerca de 37% (trinta e sete por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo certo que o furto em questão não representa fato isolado na vida do paciente, que já foi condenado por crime semelhante, impondo-se, portanto, a incidência da norma penal de modo a coibir a reiteração criminosa.

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, julgado em 03/11/2015, DJe 10/11/2015)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento da qualificadora 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.

2. No caso em análise, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, não apresentaram justificativas para a não realização da perícia. Dessa forma, ainda que existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a escalada, entende esta Corte pela não incidência da qualificadora, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de violação do art. 158 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1553341/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015).

No caso *sub judice*, verifica-se que as instâncias ordinárias não lograram justificar a impossibilidade de realização da perícia, tendo sido reconhecido apenas ser tal exame desnecessário diante da existência de farta prova testemunhal a atestar que o coautor teria escalado um muro para adentrar no estabelecimento comercial. Decerto, a perícia, ainda que indireta, não foi realizada, o que se afigurava perfeitamente possível, mesmo se considerado o decurso de prazo entre a data dos fatos e o oferecimento da denúncia.

Nesse diapasão, deve ser decotado o *quantum* de exasperação da pena pela incidência da qualificadora da escalada. Assim, considerando se tratar de furto qualificado pelo concurso de agentes, deve ser estabelecida a pena-base de 2 (dois) anos de reclusão. Na segunda etapa da dosimetria, em virtude da reincidência do réu, exaspero a pena em 1/6, totalizado 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, ficando mantido o regime semiaberto em razão da reincidência.

Ante o exposto, **não conheço** do writ. Porém, **concedo habeas corpus**, de ofício, para fixar a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, em regime semiaberto, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, à razão mínima.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0047589-8

HC 349.787 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023808220148190007 090010762007 23808220148190007 90010762007

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JOSIEL DE OLIVEIRA GOMES

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.