



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.317 - SP (2019/0312340-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : ERICA SANTOS DE ARAUJO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. REGIME INICIAL. SÚMULA N. 269/STJ. 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 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 firmada por esta Corte Superior de Justiça, que considera imprescindível a realização de exame de corpo de delito para a caracterização da qualificadora do rompimento de obstáculo, admitindo a prova indireta somente nas situações em que não mais subsistam vestígios ou quando outra circunstância impedir a realização do exame pericial.

3. Neste caso, não houve perícia para confirmar o rompimento de obstáculo, nem foi apresentado motivo juridicamente idôneo para a não realização do exame. Desse modo, a qualificadora deve ser afastada, reduzindo-se a sanção imposta aos pacientes.

4. Nos termos do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais, entendimento aplicável ao caso dos autos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas, nos termos do voto, bem como para estabelecer o regime inicial semiaberto.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 05 de março de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.317 - SP (2019/0312340-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : ERICA SANTOS DE ARAUJO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNO DOS SANTOS e ÉRICA SANTOS DE ARAÚJO, contra acórdão proferido pela Décima Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0084057-68.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, a 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 12 (doze) dias-multa (e-STJ fls. 33/39).

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento aos recursos defensivos para redimensionar as penas para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, mantendo o regime fechado. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 48/51):

Furto qualificado mediante rompimento de Obstáculo e concurso de pessoas. Causa de aumento reconhecida. Atenuação da pena, compensando a reincidência com a confissão. Majoração da base mantida, bem como o regime fechado. Recursos parcialmente providos.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/11), a impetrante alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal em razão da incidência da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo. Aduz que eles foram condenados por furto qualificado por terem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subtraído, após quebrarem a porta de um automóvel, um aparelho de som e um óculos de sol. Argumenta que é desproporcional considerar o furto de objetos dentro do veículo como qualificado pelo rompimento de obstáculo e como furto simples a subtração do próprio veículo. Afirma, ainda, que o rompimento de obstáculo sequer foi atestado por prova pericial.

Dessa forma, pugna pelo afastamento da qualificadora e a readequação da pena-base.

Ao final, alega que o regime mais gravoso foi fixado de forma indevida, uma vez que a pena é inferior a 4 anos e, não obstante serem reincidentes, as circunstâncias judiciais são favoráveis, incidindo, no caso, o enunciado n. 269 da Súmula deste Tribunal Superior.

Assim, requer, na liminar, a fixação do regime semiaberto e, no mérito, a concessão da ordem para readequar as penas e a fixação definitiva do regime semiaberto.

O pedido liminar foi **indeferido** (e-STJ, fls. 55/57).

Os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, em parecer assim ementado (e-STJ, fl. 63):

Habeas corpus substitutivo. Furto qualificado. Condenação. Dosimetria. Pleito de afastamento da qualificadora “rompimento de obstáculo” em virtude da ausência de laudo pericial. Matéria não debatida no acórdão impugnado. Supressão de instância. Imposição de regime mais gravoso. Legalidade. Pacientes reincidentes em crimes patrimoniais. Circunstâncias desfavoráveis. Pena base acima do mínimo legal. Inexistência de flagrante ilegalidade. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.317 - SP (2019/0312340-3)

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:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado 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 da ordem, de ofício.

O primeiro aspecto levantado pela defesa é relativo à necessidade de exclusão da qualificadora do rompimento de obstáculo. O pedido se sustenta em dois argumentos. Em primeiro lugar, sustenta-se que o dano causado ao próprio bem objeto da subtração não caracteriza o rompimento de obstáculo. Dessa maneira, quebrar o vidro de um automóvel para subtrair objetos de seu interior não caracteriza furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. De mais a mais, não foi realizado exame pericial de modo a se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constatar o rompimento do obstáculo.

Quanto à primeira, não obstante os esforços argumentativos da defesa, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de considerar furto qualificado a conduta que envolve a quebra de vidro de veículo para a subtração de objetos do seu interior.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. 1. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. 3. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. 4. QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. QUEBRA DO VIDRO DO VEÍCULO PARA A SUBTRAÇÃO DE SOM AUTOMOTIVO. FURTO SIMPLES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. QUALIFICADORA. INCIDÊNCIA. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Não obstante o posicionamento outrora exarado acerca da irrazoabilidade de se considerar o furto "qualificado" quando há rompimento do vidro do veículo para a subtração do som automotivo, e considerá-lo "simples" quando o rompimento se dá para a subtração do próprio veículo, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 1.079.847/SP, firmou a orientação de que a subtração de objeto localizado no interior de veículo automotor mediante o rompimento de obstáculo - quebra do vidro - qualifica o furto.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 205.967/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 13/12/2013)

Entretanto, verifica-se que, de fato, não foi realizado exame pericial para constatar a materialidade da qualificadora imputada aos pacientes, conforme se lê no seguinte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trecho da sentença (e-STJ, fls. 35/36):

As qualificadoras restaram comprovadas.

Em que pese a ausência de laudo pericial do local veículos, os próprios réus admitiram que, para a prática da subtração, o réu forçou e arrombou a porta do automóvel, o que foi confirmado pelos depoimentos da vítima, em solo policial, e dos policiais, em Juízo.

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*".

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 REINCENTE. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confeção 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 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.

O magistrado de primeiro grau utilizou uma das qualificadoras para agravar a pena na primeira fase. Com a exclusão da circunstância relativa ao rompimento de obstáculo, resta apenas o concurso de agentes para tipificar o crime como furto qualificado, de modo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda etapa, houve o reconhecimento da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea, que devem ser compensadas por serem igualmente preponderantes, conforme a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A sanção intermediária, portanto, permanece em 2 (dois) anos de reclusão.

Por fim, ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, fixo a sanção definitiva para cada um dos acusados em **2 (dois) anos de reclusão**, além de **10 (dez) dias-multa**.

Quanto ao regime, o modo fechado havia sido fixado porque os pacientes, reincidentes, apresentavam circunstâncias judiciais desfavoráveis, justificando o agravamento. No entanto, com o ajuste na dosimetria, a pena-base assentou-se no mínimo legal, desaparecendo o óbice à incidência do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, permitindo-se assim, a fixação do regime inicial **semiaberto**.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. REPRIMENDA FIXADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. ACUSADO REINCIDENTE. VERBETE SUMULAR N.º 269/STJ. APLICAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DECISUM ACERTADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na hipótese, não obstante a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o paciente seja reincidente e a sanção definitiva não tenha ultrapassado 4 anos de reclusão, o regime inicial imposto foi o fechado.

2. Nos termos do Enunciado n.º 269 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais", justificando, assim, a concessão de habeas corpus de ofício.

3. Ademais, à luz do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, não configura fundamento idôneo para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o quantum de pena permite, a indicação da gravidade em abstrato do delito e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos ínsitos ao próprio tipo incriminador. Inteligência do Enunciado Sumular n.º 440/STJ 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 381.938/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, redimensiono as penas impostas aos pacientes, fixando-as em **2 (dois) anos de reclusão**, em regime inicial **semiaberto**, mais **10 (dez) dias-multa**.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0312340-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 540.317 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00840576820188260050 20190000801498 840576820188260050

EM MESA

JULGADO: 05/03/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO (IMPEDIDO)

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : ERICA SANTOS DE ARAUJO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).