



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.354 - SC (2016/0267261-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
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 : RICHARD SILVEIRA VIEIRA
PACIENTE : CYRO MATHIAS DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DE UMA DAS QUALIFICADORAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *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, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se não existirem ou tenham desaparecido, ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. No caso em análise, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, não apresentaram justificativas para a não realização da perícia.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem de ofício para afastar uma das qualificadoras e redimensionar as penas dos pacientes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.354 - SC (2016/0267261-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : RICHARD SILVEIRA VIEIRA
PACIENTE : CYRO MATHIAS DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RICHARD SILVEIRA VIEIRA e CYRO MATHIAS DO NASCIMENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0011432-54.2014.8.24.0075).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal. Em relação ao paciente RICHARD, foi aplicada a pena de 2 anos e 8 meses de reclusão e multa, com detração do tempo de prisão provisória, remanescendo a pena reclusiva em 1 ano, 11 meses e 28 dias, a ser cumprida no regime inicial semiaberto. O paciente CYRO foi apenado com 2 anos e 2 meses de reclusão, em regime aberto, e multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos (e-STJ fls. 464/492).

Irresignada, a defesa dos pacientes interpôs recurso de apelação, que foi improvido (e-STJ fls. 605/615), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO E CONCURSO DE AGENTES (CÓDIGO PENAL, ART. 155, § 4º, I E IV). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA.

INCONFORMISMO DE CYRO MATHIAS DO NASCIMENTO ALMEJANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA DO ILÍCITO. INVIABILIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO SEGURO E CONCLUDENTE A DEMONSTRAR A SUA EFETIVA PARTICIPAÇÃO NA SUBTRAÇÃO DOS BENS QUE GUARNECIAM A CASA DA VÍTIMA. TESE RECHAÇADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IRRESIGNAÇÃO DE RICHARD SILVEIRA VIEIRA. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA PREVISTA NO INCISO I DO ART. 155 DA LEI SUBSTANTIVA PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. AGENTE QUE ADMITIU HAVER DANIFICADO O CADEADO DO PORTÃO DA PROPRIEDADE E O TRINCO DA JANELA DA RESIDÊNCIA. PROVA ORAL E LEVANTAMENTO FOTOGRÁFICO QUE SUPREM A FALTA DE PERÍCIA TÉCNICA. DICÇÃO DO ART. 167 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES.

PRETENSA EXCLUSÃO DO CONCURSO DE AGENTES. ELEMENTOS SUFICIENTES E INDICATIVOS DE QUE O FURTO FOI COMETIDO EM UNIDADE DE DESÍGNIO E EM COMUM ACORDO DE VONTADES ENTRE OS QUATRO ENVOLVIDOS. CARACTERIZAÇÃO.

PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CONCESSÃO DE PROGRESSÃO PARA O MODO ABERTO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE NOTÍCIAS A RESPEITO DE EVENTUAL REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL. ANÁLISE DOS PEDIDOS PREJUDICADA.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS, APENAS EM PARTE O INTERPOSTO POR RICHARD SILVEIRA VIEIRA, E DESPROVIDOS.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/5), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal aos pacientes, pois manteve a qualificadora do rompimento de obstáculo sem respaldo em laudo pericial. Afirma que o rompimento de obstáculo é circunstância que deixa vestígios, sendo imprescindível a respectiva comprovação por meio de prova pericial, devendo ser afastada a qualificadora.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a exclusão da qualificadora, redimensionando-se as penas dos pacientes.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 620/622.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 630/635, concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.354 - SC (2016/0267261-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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, em princípio, 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.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal tendo em vista a não realização da perícia para comprovar a qualificadora rompimento de obstáculo.

O Tribunal de origem reconheceu a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo, nos seguintes termos (e-STJ fl. 612):

Da mesma maneira, não se pode acolher o pleito sucessivo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, sob a alegação de que apenas o levantamento fotográfico do local não supre a ausência de perícia técnica.

De fato, ao que se tem da prova encartada nos autos, não foi elaborado laudo pericial. Não obstante, existem outros elementos a referendar o acolhimento da referida qualificadora, tal como o mencionado levantamento fotográfico, levado a efeito pelo policial militar Marcos dos Santos, o qual relatou em juízo que acompanhou o agente civil Edvaldo até a residência invadida e que lá ambos constataram que o cadeado do portão estava danificado, assim como uma das janelas arrombada, da qual havia sido retirada a vista e entortado um pino, fazendo o registro fotográfico (mídia de fls. 322)

Em situações como a sob exame, o art. 167 do Código de Processo Penal disciplina que "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhai poderá suprir-lhe a falta."

(...)

Na espécie, os elementos de convicção colacionados ao processo demonstram a ocorrência da qualificadora, ressaltando-se que o acusado Richard Silveira Vieira em seu interrogatório judicial deixou claro que, para adentrar na propriedade e depois ao interior da residência, quebrou o cadeado do portão, danificando também a janela, de modo que o arrombamento restou confirmado ao longo do procedimento, o qual inclusive vem demonstrado nas fotografias de fls. 166-167.

Contudo, no que tange à imprescindibilidade da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, vale lembrar que a jurisprudência tem se orientado pela possibilidade de substituição do laudo pericial por outros meios de prova quando o delito não deixa vestígios, estes tenham 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUE SE MOSTRA ADEQUADO (ART. 33, § 2º, B, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para incidir a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, faz-se indispensável a realização de perícia, a fim de se constatar a realização da escalada ou o rompimento de obstáculo. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. No caso, nenhuma dessas hipóteses foi sequer mencionada pela Corte a quo. 2. Evidenciado que as instâncias ordinárias valoraram negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, motivos, consequências e comportamento da vítima, sem fundamentação idônea para tanto, deve ser reduzida a reprimenda-base ao mínimo legal. 3. Ao dosar a pena, o magistrado singular considerou desfavorável a culpabilidade, sob o argumento de que se encontra caracterizada pela vontade livre e consciente de se apoderar de bens alheios tendo plena consciência da ilicitude de sua conduta, 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 17/03/2015, DJe 26/03/2015)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

laudo. Contudo, nenhuma dessas hipóteses foram mencionadas pela Corte *a quo*.

A propósito:

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 24/02/2015, DJe 03/03/2015)

Dessa forma, deve ser afastada a qualificadora referente ao rompimento do obstáculo, tendo em vista a ausência de laudo pericial.

Necessário, assim, redimensionar a pena.

Paciente CYRO

Na primeira fase, em razão da presença de duas qualificadoras, uma delas tinha sido utilizada para qualificar o furto e outra para exasperar a pena-base. Decotando a qualificadora do rompimento de obstáculo, a outra deve ser utilizada para qualificar o furto, ficando a pena-base no mínimo legal de 2 anos. Na segunda fase, a pena permanece no mesmo patamar, ainda que presente a atenuante da menoridade relativa, em razão do enunciado n. 231 desta Corte. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, a pena final fica arbitrada em **2 anos de reclusão**.

Paciente RICHARD

Na primeira fase, em razão da presença de duas qualificadoras, uma delas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tinha sido utilizada para qualificar o furto e outra para exasperar a pena-base. Decotando a qualificadora do rompimento de obstáculo, a outra deve ser utilizada para qualificar o furto. Contudo, no caso do paciente Richard, há ainda a presença dos maus antecedentes, razão pela qual a pena-base fica arbitrada em 2 anos e 4 meses. Na segunda fase, mantenho a compensação entre a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, ficando a pena definitiva em **2 anos e 4 meses**, em razão da ausência de causas de aumento e diminuição na terceira fase.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, razão pela qual redimensiono a pena do paciente CYRO para 2 anos de reclusão e, em relação a RICHARD, para 2 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0267261-0

HC 374.354 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00114325420148240075 114325420148240075 20160036389

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

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	: RICHARD SILVEIRA VIEIRA
PACIENTE	: CYRO MATHIAS DO NASCIMENTO
CORRÉU	: ALESSANDRO MACHADO FALSARELLI
CORRÉU	: VANLI DA SILVA

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.