

HABEAS CORPUS Nº 522.526 - SC (2019/0212368-4)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : CLAUDIMIR MENDES DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de **CLAUDIMIR MENDES DE OLIVEIRA** contra acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 09 (nove) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, c.c. art. 14 inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para readequar a sanção ao patamar de **06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 02 (dois) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 272-287.

Contra o julgado a defesa opôs embargos infringentes, os quais foram rejeitados (fls. 328-332).

No presente **writ**, o impetrante aduz: "*o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao dispensar o laudo de exame pericial direto no local dos fatos sobre a qualificadora do rompimento de obstáculo, violou frontalmente o art. 158 do CPP e, conseqüentemente, praticou ato ilegal em desfavor do paciente.*"

Igualmente, alega: "*sendo inconstitucional o art. 28 da Lei*

11.343/06, descriminalizando-se a conduta de porte de drogas para consumo, não há dúvidas de que a "reincidência" há de ser igualmente afastada, nos termos do art. 63 do CP⁷. Em segundo lugar, ao reconhecer a reincidência com base numa condenação definitiva do PACIENTE por porte de drogas para consumo próprio (Lei 11.343/06, art. 28) e, por isso, deixar de compensar a reincidência com a confissão, o TJSC desprezou, por completo, o postulado da proporcionalidade, ao conferir efeitos indiretos da condenação pretérita mais drásticos do que o efeito direto."

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que "d.1) seja afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo para desclassificar a conduta de furto qualificado tentado para o crime de furto simples tentado (CP, art. 155, caput, c/c art. 14, II); d.2) seja afastada a reincidência em razão de condenação definitiva anterior pela prática do crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06 e, conseqüentemente, compensar a condenação remanescente com a atenuante da confissão."

O pedido liminar foi indeferido às fls. 337-338.

As informações foram prestadas às fls. 341-406.

O Ministério Público Federal, às fls. 408-412, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem de ofício, apenas para que seja afastado o reconhecimento da reincidência pelo crime tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **writ**.

A pretensão deduzida no **mandamus** tem como fundamento a ocorrência de constrangimento ilegal na aplicação da pena, em razão da ausência de exame pericial, para se aferir a presença da qualificadora do rompimento de obstáculo.

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal **a quo**, quando do julgamento dos embargos infringentes, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Na hipótese vertente, a divergência reside na apontada imprescindibilidade de laudo pericial para caracterizar a qualificadora do rompimento de obstáculo a subtração, conforme reconheceu-se no voto vencido.

Não obstante a argumentação tecida pelo embargante, razão não lhe assiste.

Isso porque, conquanto a elaboração de laudo pericial atestando o rompimento do obstáculo represente, em casos tais, a medida ideal a ser adotada, desde que outros elementos de convicção evidenciem tal circunstância de forma robusta, nada impede seja considerado na tipificação do injusto.

[...]

como bem pontuou a eminente relatora: "estamos tratando de um crime praticado na modalidade tentada, onde não houve o arrombamento em si, mas a tentativa de arrombamento para prática da subtração. Assim, sequer havia possibilidade de realização da perícia técnica" (fls. 260).

Destarte, não obstante a ausência de laudo pericial, há nos autos elementos que evidenciam estreme de dúvidas a configuração da qualificadora em questão, tais como a confissão do réu, palavras da vítima e dos policiais que atenderam a ocorrência, circunstâncias que tornam inviável seu afastamento."

Sobre o tema, a jurisprudência deste Tribunal Superior é assente no sentido de que o exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios, de modo que, **somente nos casos de desaparecimento dos elementos probatórios, a perícia poderá ser suprida pela prova testemunhal.**

Na hipótese, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do **writ**, uma vez que o Tribunal de origem **bem consignou a impossibilidade de realização da perícia, in verbis**: *"estamos tratando de um crime praticado na modalidade tentada, onde não houve o arrombamento em si, mas a tentativa de arrombamento para prática da subtração. Assim, sequer havia possibilidade*

de realização da perícia técnica."

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Nesse diapasão colaciono os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO E DE JUSTIFICATIVA PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Em se tratando da configuração de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, este Superior Tribunal tem admitido, em hipóteses peculiares, laudo de avaliação indireta, devendo as instâncias ordinárias, contudo, justificarem a excepcionalidade com o necessário sopesamento de elementos concretos emanados dos autos, o que não se deu no presente caso. Precedentes.

*3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para excluir a qualificadora do rompimento de obstáculo." (HC 515.450/MS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 15/08/2019).*

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. QUALIFICADORA AFASTADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE RECIDIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE PENA REVISTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTE. OFENSA À SÚMULA 269/STJ NÃO CARACTERIZADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Quanto à qualificadora do rompimento de obstáculo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal exige exame pericial, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito, o que não restou explicitado nos autos.

4. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

5. Tratando-se de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, como na hipótese dos autos. 6. Deve ser procedida à compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da recidiva, pois os demais títulos condenatórios do réu foram valorados como maus antecedentes, remanescendo apenas uma condenação a ser sopesada como reincidência, devendo, portanto, a pena permanecer inalterada na etapa intermediária do cálculo dosimétrico.

7. Quanto ao regime, não se infere qualquer desproporcionalidade do imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 anos de reclusão, os maus antecedentes do acusado implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula 269/STJ.

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 11 meses de reclusão, ficando mantido o regime prisional fechado, dada a multirreincidência do paciente." (HC 521.617/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 15/10/2019).

O impetrante também aduz a ocorrência de flagrante ilegalidade na segunda etapa dosimetria da pena, ao argumento de que o paciente não poderia ser considerando reincidente, em razão de condenação anterior referente ao crime descrito no artigo 28 da Lei n. 11.34.3/2006.

Sobre o tema, insta consignar que a Sexta Turma deste Superior

Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/8/2018, proferiu decisão considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Extraí-se do julgado que, *"Em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência"* (REsp 1.672.654/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30/08/2018).

Na hipótese, o Tribunal de origem incorreu em flagrante **desproporcionalidade**, pois manteve a reincidência, lastreando-se em condenação criminal anterior pelo artigo 28 da Lei n. 11.34.3/2006, a qual, não obstante não ter sido descriminalizada, **sequer é punível com pena privativa de liberdade, em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.**

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO.

1. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada. Em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio poderia configurar, em tese, reincidência.

2. Contudo, as condenações anteriores por

contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.774.124/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 25/03/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. MANTIDA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, **SEXTA TURMA**, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

2. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 1.366.654/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 19/12/2018).

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para afastar a reincidência da dosimetria, e estabelecer a reprimenda definitiva no patamar de 06 (seis) meses e 06 (seis) dias de reclusão, e 02 (dois) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator