

HABEAS CORPUS Nº 393.314 - SC (2017/0064771-3)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
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 : ROBERTO TRINDADE DA ROSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROBERTO TRINDADE DA ROSA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0002655-23.2016.8.24.0039).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, no regime fechado (paciente é reincidente específico). Aplicada a regra da detração, foi alterado para o regime semiaberto.

Interposta apelação pelas duas partes, foi dado parcial provimento ao recurso defensivo, e provido o da acusação, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 236/237):

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO (ART. 155, 4º, II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO DE DEFESA. POSTULADA A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE FURTO QUALIFICADO TENTADO PARA A SUA FORMA SIMPLES. INVIABILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL QUE COMPROVA, DE FORMA INEQUÍVOCA, TER O APELANTE ESCALADO MURO PARA SUBTRAIR BEM LOCALIZADO NO PÁTIO DE ESTACIONAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA A COMPROVAÇÃO DA QUALIFICADORA PREVISTA NO ART. 155, §4º, II, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. TIPIFICAÇÃO CONSERVADA.

PEDIDO DE FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA TENTATIVA EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). NÃO ACOLHIMENTO. APELANTE QUE APÓS SE APOSSAR DO BEM (BATERIA DE AUTOMÓVEL) E SER SUPREENDIDO PELAS VÍTIMAS, EVADIU-SE DO LOCAL E ABANDONOU- O NA PARTE EXTERNA DO ESTABELECIMENTO. APLICAÇÃO, EM SENTENÇA, DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE 1/2 (UM MEIO). ITER CRIMINIS EXAURIDO E QUE, INCLUSIVE, SEQUER

JUSTIFICARIA O RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO DELITO. CONTUDO, VEDAÇÃO A REFORMATIO IN PEJUS. DIMINUIÇÃO APLICADA PELO MAGISTRADO SINGULAR MANTIDA.

ALMEJADO O AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PARCIAL ACOLHIMENTO. APELANTE QUE OSTENTA 08 (OITO) CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. POSSIBILIDADE DE UTILIZAR 03 (TRÊS) DELAS PARA EXASPERAR A PENA COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. DE OUTRO LADO, AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA MAJORAR A PENA-BASE EM RAZÃO DOS MOTIVOS DO CRIME. MENÇÃO A QUESTÕES INERENTES AO TIPO PENAL E SEM REPERCUSSÃO SOBRE A REPROVABILIDADE DO DELITO. SENTENÇA MODIFICADA NESTE PONTO.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ESTABELECIDADA PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. VIABILIDADE. MAGISTRADO QUE ESTABELECEU FRAÇÃO ÍNFINITA DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR QUE DEVE ESTAR ATRELADA AOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA, COM O ESTABELECIMENTO DE FRAÇÃO DE AUMENTO COMPATÍVEL COM OS PARÂMETROS SEGUIDOS POR ESTE TRIBUNAL.

ALMEJADA A MAJORAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO APLICADA EM RAZÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ACOLHIMENTO. APELANTE QUE OSTENTA OUTRAS CONDENAÇÕES APTAS A SEREM AVALIADAS PARA FINS DE REINCIDÊNCIA, TODAS ELAS PELO CRIME DE FURTO. FRAÇÃO REAJUSTADA. DOSIMETRIA READEQUADA.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). TRANSMUDAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO, QUE PASSA DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A DE CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO.

RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, E RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO.

Alega a defesa, na presente impetração, que deve ser afastada a forma qualificada do delito em razão da ausência de laudo pericial quanto à comprovação da

escalada.

Além disso, afirma ser indevida a exasperação da pena-base. Para tanto, aduz que *"a mera leitura dos fundamentos invocados pelo TJSC para exasperar a pena-base em razão da valoração negativa da personalidade e da conduta social permite verificar, de plano, sua ilegalidade, por não se adequarem ao conceito normativo dessas circunstâncias judiciais previstas no art. 59, caput, do CP"* (e-STJ fl. 10).

Requer, liminarmente, seja determinada a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado. No mérito, asseve que sejam declaradas *"as ilegalidades ocorridas, para (d.1) afastar a qualificadora da escalada diante da ausência de laudo pericial, desclassificando para o delito de furto simples na modalidade tentada; (d.2) afastar a valoração negativa da conduta social e da personalidade"* (e-STJ fls. 14/15).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 264/267).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *writ* (e-STJ fls. 224/230).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, assim foi fundamentada a dosimetria da pena no acórdão impugnado, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 242/256):

A celeuma, por outro lado, recai sobre a presença da qualificadora prevista no art. 155, §2º, II, do Código Penal.

Sobre esse tema, destaca-se da doutrina, in verbis: [...]

Na hipótese, não remanesce qualquer dúvida acerca da presença da qualificadora.

Muito embora haja controvérsia na jurisprudência a respeito da necessidade ou não da realização de perícia para o reconhecimento de tal qualificadora, uma vez que, em certos casos, pode deixar vestígios, o entendimento dominante flexibiliza a indispensabilidade do exame pericial, mostrando-se suficiente quando suprido pela prova testemunhal.

Sob essa premissa, a policial militar Camila Santos de Athayde, a qual também foi responsável por atender a ocorrência, relatou que "[...] no local, uma testemunha havia presenciado quando um indivíduo havia escalado os muros do estabelecimento [...]" (fl. 07).

Por sua vez, Leandro Marín relatou que o muro do estabelecimento possui altura superior a 1,60m e que ele não é baixo. Além disso, afirmou que, para adentrar no estabelecimento, seria necessário escalá-lo, pois nem um "um atleta conseguiria" ultrapassá-lo (mídia de fl. 100).

Além disso, o dono do estabelecimento onde os fatos ocorreram, Max Ricardo Marin, disse acreditar que o apelante pulou o muro do estabelecimento, pois sua bicicleta estava encostada nele pelo lado de fora.

Assegurou, ao final, que o referido muro possui entre 1,80 a 2 metros de altura (mídia de fl. 100).

Sobre este último depoimento, importante anotar que, de fato, o ofendido afirmou que "facilmente alguém conseguiria pular o muro" (mídia de fl. 100). No entanto, objetivamente, é possível observar que a altura do obstáculo por ele citada exigiria do autor do delito um esforço incomum para adentrar no estabelecimento.

[...]

3. Cálculo da pena

Em atenção às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verificou-se que devem ser considerados negativos os **antecedentes** do apelante, sua **conduta social** e sua **personalidade** diante da pluralidade de condenações definitivas que ostenta, podendo ser destacadas três delas para tal fim (item 1.3).

De outro lado, fica afastado o aumento promovido com base nos motivos do delito (item 1.3).

Assim, sem outras circunstâncias judiciais a serem reconhecidas e aplicando-se a fração de 1/6 (um sexto) para cada uma delas (item 2.1), fixa-se a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, inexistem atenuantes a serem reconhecidas. Por outro lado, mantém-se a agravante de reincidência, em razão da qual deve ser aplicado um aumento de 1/5 (um quinto), conforme fundamento lançado alhures (item 2.2). Portanto, fixa-se a pena intermediária em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Na última etapa, não incidem causas de aumento. Mantém-se, no entanto, a causa de diminuição prevista no art. 14, II e parágrafo único, do Código Penal, no patamar estabelecido na sentença, ou

seja, em 1/2 (um meio).

Dessa forma, fixa-se a pena definitiva em 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 07 (sete) dias-multa.

Mantém-se o regime inicial fechado, diante da sua condição de multirreincidente específico.

No mais, conserva-se a sentença em seus ulteriores termos.

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Qualificadora da escalada

Este Tribunal Superior entende ser imprescindível, nos termos dos arts. 158 e 167 do CPP, a realização de exame pericial para o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada no caso do delito de furto (art. 155, § 4º, I, do Código Penal), quando os vestígios não tiverem desaparecido e puderem ser constatados pelos peritos.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. VÍTIMA QUE PRONTAMENTE REPAROU O TELHADO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. AÇÃO CRIMINOSA CAPTURADA PELAS CÂMERAS DO SISTEMA DE SEGURANÇA. CONFISSÃO DO RÉU. MATERIALIDADE COMPROVADA POR EXCEÇÃO À IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DA PROVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- Nos termos do disposto nos arts. 158 e 159 do CPP, é imprescindível a realização do exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, uma vez que a sua ausência não pode ser suprida pela prova testemunhal ou pela confissão do acusado.

- Seguindo tal entendimento, para o reconhecimento das qualificadoras de escalada e de rompimento de obstáculo,

previstas no art. 155, § 4º, incisos I e II, do CP, é necessária a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios apenas quando os vestígios não existirem ou tiverem desaparecido, ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

- No caso em análise, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, apresentaram justificativas para a não realização da perícia, tendo em vista o desaparecimento dos vestígios do crime, uma vez que a vítima providenciou a necessária e pronta reparação dos danos causados pelo paciente ao destelhar a cobertura estabelecimento. Fica configurada, assim, uma das hipóteses nas quais há a possibilidade de exclusão da necessidade de realização do laudo pericial. Precedentes.

- Ademais, houve o registro pelo sistema de câmeras internas do estabelecimento de toda a ação criminosa, a qual foi corroborada pela própria confissão do paciente, como consignado pelas instâncias ordinárias. Assim, tendo em vista a existência de um farto arcabouço probatório e o desaparecimento dos vestígios, o exame pericial representaria a realização de prova inútil. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 375.569/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016.)

Verifica-se, portanto, que o entendimento consignado pela Corte originária não está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual se faz forçoso o decote da mencionada qualificadora.

Valoração negativa da personalidade do agente e da conduta social

Em recente decisão, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou a compreensão de que "*eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente*" (EAREsp n. 1.311.636/MS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2019, DJe 26/4/2019).

No voto condutor do julgado foi consignado que:

Entretanto, recentemente a Quinta Turma desta Corte passou a defender que eventuais condenações criminais do réu transitadas em

julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.

A uma, porque a técnica penal define diferentemente cada uma das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal.

Com efeito doutrina, ao esmiuçar os elementos constituintes das circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, enfatiza que a conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios – referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito –, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu.

Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). [...]

Com tudo isso em mente, é possível concluir que constitui, no mínimo, uma atecnia entender que condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente.

Isso sem contar que é dado ao julgador atribuir o peso que achar mais conveniente e justo a cada uma das circunstâncias judiciais, o que lhe permite valorar de forma mais enfática os antecedentes criminais do réu com histórico de múltiplas condenações definitivas.

Exsurge, daí, a necessidade de que o magistrado colha, quando da instrução processual, elementos concretos suficientes para a valoração de cada uma das circunstâncias judiciais, reservando à circunstância judicial dos antecedentes a análise da folha criminal, momento em que o histórico de múltiplas condenações definitivas do réu pode ser valorado de forma mais enfática.

Nesse contexto, ante o novo entendimento externado por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior, o acórdão recorrido merece reparo, para que seja excluída a valoração negativa das vetoriais personalidade e conduta social do agente da primeira etapa da operação dosimétrica.

Passo, dessa forma, ao recálculo da pena.

Na primeira etapa, com o decote da qualificadora e das circunstâncias judiciais relativas à personalidade e à conduta social, fixo a pena-base em 1 ano e 2 meses de reclusão.

Na fase intermediária, mantenho o acréscimo de 1/5 referente à

Superior Tribunal de Justiça

reincidência, perfazendo a pena em 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão.

Por derradeiro, mantenho a diminuição em 1/2 (metade) em virtude da tentativa, fixando a pena definitiva em 8 meses e 12 dias de reclusão.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para reduzir a pena do paciente para 8 meses e 12 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator