

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N. 96.500-SP (2007/0295326-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Eloísa Maximiano Goto - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Antônio Adriano Martins de Almeida (Preso)

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Escalada. Incidência de qualificadora necessidade de laudo pericial. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais favoráveis. Réu reincidente. Regime semi-aberto. Súmula n. 269-STJ.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência (*Precedentes*).

II - O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, ex vi dos artigos 33 e 59 do Código Penal (*Precedentes e Súmula n. 269-STJ*).

Writ concedido.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de maio de 2008 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 18.08.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de Antônio Adriano Martins de Almeida, apontando como autoridade coatora a c. 14ª Câmara do 7º Grupo da Seção Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 1.091.621.3/8-00.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Irresignado, apelou o *Parquet*. O e. Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial, para aplicar a qualificadora relativa à escalada, redimensionando a reprimenda imposta ao paciente pela r. sentença de primeiro grau e mantendo íntegro o regime inicial fechado para cumprimento da pena.

Nas razões do presente *writ*, sustenta a impetrante: a) a ilegalidade do reconhecimento da qualificadora de escalada, *in casu*, ante a não realização do exame pericial; b) a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semi-aberto, segundo as disposições constantes no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal e Súmula n. 269-STJ. Requer, assim, a concessão da ordem, para afastar a qualificadora relativa à escalada e fixar o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena.

Liminar concedida, apenas para que fosse observado, em relação ao paciente, o regime semi-aberto (fl. 23).

Informações prestadas às fls. 28-29.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 86-89, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, em parecer assim ementado:

Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado pela escalada (art. 155, § 4º, IV do CP). Desnecessidade de perícia para comprovação da qualificadora. Conjunto fático-probatório que permite concluir ter o agente, com o escopo de praticar o crime contra o patrimônio alheio, escalado muro de altura superior à sua própria, empreendendo, assim, esforço incomum. Pena-base fixada em 2 (dois) anos de reclusão. Réu reincidente. Direito ao regime inicial semi-aberto. Circunstâncias judiciais favoráveis. Súmula n. 269-STJ. Parecer pela concessão parcial. (fl. 86)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, a *quaestio* diz respeito à incidência da qualificadora da escalada no crime de furto. Por necessário,

permito-me fazer uma *breve introdução* acerca da prova pericial no direito processual penal pátrio.

O Código de Processo Penal ao tratar das provas em espécie, após as disposições gerais sobre a matéria, reserva o Capítulo II do Título *Da Prova* ao exame do corpo de delito e das perícias em geral o que demonstra que o legislador deu um tratamento diferenciado a este meio de prova (Marcellus Polastri Lima in *A Prova Penal*, Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, p. 81). Com efeito, conforme observa *Fernando da Costa Tourinho Filho*, no processo penal os exames periciais tem natureza diversificada (*v.g.*: insanidade mental, dos instrumentos do crime, cadavérico, etc.), mas de todas as perícias, a mais destacada é a do *exame do corpo de delito*, a que o legislador deu especial realce (in *Processo Penal*, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 246).

Na clássica afirmativa de *João Mendes Júnior* "*corpo de delito* é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. Corpo é toda a substância formada por elementos sensíveis, ou melhor de partes elementares dispostas e conjuntas. *Elementos sensíveis* são aqueles princípios produtores que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos pela vista ou pelo ouvido ou pelo ato ou pelo gosto ou pelo olfato. São também chamados elementos físicos ou materiais não só por sua natureza, como porque constituem a força física ou resultam do movimento da força física. Ora, não há delito sem que um movimento da força física que o causa e sem um resultado desse movimento. Quer esse movimento, quer esse resultado, se resolvem em elementos que podem ser percebidos pelos sentidos, elementos que, dispostos e conjuntos, constituem o fato criminoso e o dano causado. A observação e a recomposição desses elementos sensíveis do fato criminoso, *eis o que se chama formar o corpo de delito.*" (in *Processo Criminal Brasileiro*, Volume 2, p. 7).

Segundo *Tubenclak* (in "*Teoria do Crime*", Forense, 1978, p. 90), vale dizer, o *corpo de delito* é integrado por todos os elementos do *corpus criminis* (inclusive o objeto da ação, como no homicídio, no atentado ao pudor, etc, o sujeito passivo) e do *corpus instrumentorum* (*v.g.*: a gazua, a porta arrombada). O exame incide sobre o *corpus delicti*. Pode incidir sobre outros dados (indireto) e, *não sendo possível*, a prova testemunhal supre.

Sobre o *exame do corpo de delito* assim dispõe o art. 158 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Assim, há infrações que deixam vestígios (*delicta facti permanentis*) e outras que não os deixam (*delicta facti transeuntis*). Desta maneira, pelo dispositivo em destaque, quando a infração deixar vestígios é necessário o exame de corpo de delito, tanto que alguns autores se referem ao exame do corpo de delito como a perícia obrigatória (*Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha* in "*Da Prova*

no Processo Penal”, Ed. Saraiva, 3ª edição, 1994, p. 148) e outros destacam a forma imperativa usado pelo legislador - “*será indispensável o exame do corpo de delito*” - (Fernando da Costa Tourinho Filho in “Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 247). De qualquer forma, tal previsão legal não restou imune a críticas. Com efeito, parte da doutrina ressalta que tal previsão constitui um resquício do sistema já superado da prova legal ou da prova tarifada (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in “As Nulidades do Processo Penal”, Ed. RT, 7ª edição, 2001, p. 149). No mesmo sentido: Sérgio Demoro Hamilton in “Exame de Corpo de Delito. Realidade e mito” Temas de Processo Penal”, Ed. Lumen Juris, p. 163 e Marcellus Polastri Lima in “A Prova Penal”, Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, p. 85. Para José Frederico Marques, “fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo.” (in Elementos de Direito Processual Penal - Volume II, Ed. Millennium, 2ª edição, 2000, p. 438). No mesmo sentido Fernando Capez in “Curso de Processo Penal”, Ed. Saraiva, 11ª edição, 2004, p. 294-295, senão vejamos: “A regra do art. 158 do CPP, tornando obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, excepciona o *princípio da livre apreciação da prova pelo juiz* (CPP, art. 157), bem como o *da verdade real*. Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos, pois a lei se apega ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva. Assim, quando possível a realização da perícia, a sua falta implica a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição (CPP, art. 564, III, b) e, por conseguinte, a absolvição do imputado com fundamento no art. 386, VI, do CPP.”

Na realidade, no entanto, é de se gizar, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser verdade real, não é aceita pela *dogmática moderna*. Jorge Figueiredo Dias (in “Processo Penal”, ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que “...a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro...” (p. 204). Ensina que a assim denominada *verdade material* há de ser tomada em *duplo sentido*: “no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma *verdade judicial*, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida” (p. 193-194).

Sobre a mitificação da *verdade real* em sua concepção ortodoxa - hoje tida como própria da metafísica - Francisco das Neves Baptista diz: “... o mundo da

prova é o mundo das *presunções* e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por *realidade*. E o sistema jurídico processual assim o quer: a *Constituição* subordina rigidamente a prova processual à *licitude* de sua obtenção e restringe o acesso oficial à *intimidade* das pessoas; o Código de Processo Penal impõe formas específicas para a *prova técnico-pericial* e, contrariando a corrente afirmação da “inexistência de hierarquia dos meios probatórios”, põe a confissão em nível de manifesta inferioridade, relativamente às demais fontes de evidência. Adicionalmente, condiciona a admissibilidade de qualquer elemento informativo como convincente à observância do contraditório: evocando a proibição de fazer uso da ciência privada, poder-se-ia dizer também, que à luz do contraditório, se configura como de ciência privada tudo o que for utilizado sem prévia participação das partes” (citando *Marinoni*) - tudo isto em: “O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal”, *Renovar*, p. 209-210).

E, mais adiante:

A presunção de inocência, *nemo tenetur se detegere* e o *in dubio pro reo* tem, intuitivamente, o propósito de exigir do Estado a reunião de elementos que justifiquem, cabalmente, o exercício do poder de punir - *sem o que, tal exercício configurará abuso (op.cit., p. 210).*

O princípio da verdade real, para além da terminologia, não poderia ter - na concepção ortodoxa - limitações. No entanto, *Tourinho Filho*, em verdadeira contestação à concepção clássica, apresenta inúmeras restrições probatórias: a) a questão do estado das pessoas (art. 155 do CPP); b) as provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI da CF); c) provas que afetam a autodeterminação, a liberdade e possam caracterizar um constrangimento ilegal (*ferindo a dignidade da pessoa humana*, v.g. art. 5º, incisos III, X, XLIX da Carta Magna), tais como o detector de mentiras e a narcoanálise, obrigando o acusado a depor contra si mesmo; d) art. 207 do CPP, proibição de depor em razão de função, ofício ou profissão (sobre os desobrigados); e) art. 233 do CPP, cartas particulares interceptadas por meios criminosos; f) art. 243 § 2º, do CPP, proibição de apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando o elemento do corpo de delito; g) limitação temporal, v.g., mormente para arrolar testemunhas e leitura de documentos em plenário do júri, etc.; h) prova da reincidência; i) *prova pericial (exame de corpo de delito)*; j) exame de insanidade mental do acusado (prova da culpabilidade, ou não, do réu por via da inimputabilidade). E, *Vicente Greco Filho*, ainda lembra, o que é basilar, *quod non est in actis non est in hoc mundus* (como parâmetro, de regra, intransponível para análise do julgador). Qualquer inobservância das limitações implica, em princípio, em atentar contra o *devido processo legal* exigido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição e contra o indispensável *contraditório* (inc. LV da Carta Magna).

Ainda no *punctum saliens*, diz *Aury Lopes Jr.* (in “Introdução Crítica ao Processo Penal”, *Lumen Juris Editora*, 4ª ed., p. 273): “Dessarte, há que se

descobrir a origem e a finalidade do *mito da verdade real*: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”.

Por outra, a conjugação do *princípio do livre convencimento fundamentado* (ou da persuasão racional *ex vi* art. 157 do CPP) com a denominada busca da *verdade real* em sede processual, com as limitações estabelecidas pelo sistema, mereceu observação de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (in “Da Prova no Processo Penal”, 7ª ed., Saraiva, p. 82) de que “o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor legal, ser for o caso”. A denominada *livre convicção*, a toda evidência, não é absoluta, ela é condicionada (em maior ou menor grau, dependendo do caso em si). Daí porque se diz que se trata de *persuasão racional* ou *livre convencimento fundamentado* (Leia-se: *fundamentado ex vi legis*). Caso contrário, posta a situação na forma vetusta, teríamos o seguinte quadro problemático citado por Francisco das Neves Baptista, in verbis: “Se a decisão criminal está presa à verdade real, o julgador não tem liberdade alguma: incumbe-lhe decidir segundo essa verdade, se o julgador se pode convencer livremente, não está sujeito à verdade real, mas àquela de que se convencer” (op. cit, p. 212).

Não há, pois, incompatibilidade entre o disposto no art. 157 e o contido no art. 158 do CPP.

Fernando da Costa Tourinho, afirma, aí, a prudência do legislador em termos do art. 158 do CPP (in “Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 248). Assim, também, Ronaldo Batista Pinto in “Prova Penal Segundo a Jurisprudência”, Ed. Saraiva, 2000, p. 63, para quem “pretendeu o legislador cercar-se de certas garantias contra acusações injustas”.

De fato, *v.g.*, o CPP, em outros dispositivos, ressalta mais ainda a importância dispensada ao *exame de corpo do delito*. Como exemplo podemos citar o art. 525 que, ao tratar do processo e julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial, dispõe que no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o *exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito* (Ronaldo Tanus Madeira in “Da Prova e do Processo Penal”, Ed. Lumen Juris, 2003, p. 55).

Acerca do tema cito o seguinte julgado:

Penal e Processual Penal. Crime contra a propriedade industrial. Prazo decadencial. Art. 529, CPP. Queixa-crime. Condição de procedibilidade.

A persecução penal dos denominados crimes contra a propriedade imaterial, que deixam vestígios, exige, como condição para o recebimento da queixa-crime, a demonstração prévia da existência da materialidade do delito atestada por meio de perícia técnica.

A norma do art. 529, do Código Processual Penal, de caráter especial, prevalece sobre a geral do art. 38, desse mesmo diploma

legal. Em consequência, o direito de queixa é de 30 (trinta) dias, contados da sentença *homologatória do laudo pericial*.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 336.553-SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 24.03.2003) (g.n.).

Outro exemplo é o art. 184 que autoriza o juiz ou a autoridade policial, *ressalvado o caso de exame de corpo de delito*, a negar a realização de perícia requerida pelas partes quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. Sobre o referido dispositivo tem-se as palavras de Ronaldo Tanus Madeira (*op. cit.*, p. 55):

A importância do *exame de corpo de delito* é tão evidente em nosso Processo Penal que o juiz ou a autoridade policial poderá negar a perícia requerida pela parte, *salvo o caso de exame de corpo de delito*, art. 184 do Código de Processo Penal.

Destarte, *mesmo que a materialidade esteja evidenciada diretamente por elemento constante dos autos (v.g.: o próprio documento falsificado)* não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in "As Nulidades do Processo Penal", Ed. RT, 7ª edição, 2001, p. 150).

O *exame de corpo de delito direto*, portanto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido (Espínola Filho in "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Volume II, Ed. Bookseller, p. 502). Além do mais, é de se atentar, *de vez*, para o contido nos arts. 6, incisos I e II, 158, 167, 184 e 243 § 2º do CPP (até *ad argumentandum*).

Nesse sentido, os seguintes precedentes do c. Pretório Excelso:

Habeas corpus. Crime sexual cometido contra vítima menor (criança de 7 anos). Exame de corpo de delito indireto. Validade. Presunção legal de violência. Alegação de fragilidade das provas testemunhais. Indagação probatória em torno dos elementos instrutórios. Inviabilidade na via sumaríssima do *habeas corpus*. Pedido indeferido. - Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se impõe, necessariamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (*com violência moral ou com violência ficta*), *nem sempre deixam vestígios materiais*. - O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167), revela-se legítimo (RTJ 63/836 - RTJ 81/110 - RT 528/311), *desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto*. Precedentes. - Não cabem, na via sumaríssima do processo de

habeas corpus, o exame aprofundado e a revisão crítica dos elementos probatórios produzidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. - A questão da prova e do depoimento infantil nos delitos contra a liberdade sexual: o exame desse tema pela jurisprudência dos Tribunais.

(HC n. 69.591-SE, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29.09.2006).

Latrocínio. Exame de corpo de delito. Possível e a imposição de pena embora não efetuado, de forma direta, o exame de corpo de delito. O preceito do artigo 158 do Código de Processo Penal há de ser interpretado de forma sistemática, ou seja, levando-se em conta que, "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (artigo 167 do referido Diploma). *Prova testemunhal. Valia.* O *Habeas corpus* não é o meio adequado a reapreciação da prova testemunhal, com o objetivo de revelá-la inconsistente e, portanto, imprópria aos fins previstos no artigo 167 do Código de Processo Penal.

(HC n. 72.283-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.06.1995).

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária: fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Nulidades alegadas: inversão processual mediante abertura de nova vista à acusação após as alegações finais da defesa; não realização do obrigatório exame de corpo de delito; falta de exame integral, na sentença e no acórdão, das teses da defesa, ficando à margem de fundamentação na sentença condenatória duas das três condutas imputadas, que estariam autorizadas pela legislação tributária. 1. A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (CPP, art. 500, I e III), implica em nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (RECrIm n. 91.661-MG, in RTJ 92/448), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa. 2. *A quem acusa cabe o ônus da prova* (CPP, art. 156), devendo o Ministério Público requerer o exame de corpo de delito quando se tratar de infração que deixa vestígios, o qual não pode ser suprido, sequer, pela confissão (CPP, art. 158), sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, b). Esta norma tem por escopo trazer aos autos prova incontroversa da existência material

do delito, providência que, entretanto, é supérflua quando, como no caso, o próprio *corpus delicti* veio aos autos. Precedentes. 3. Alegação de omissão na decisão condenatória por não ter examinado integralmente as teses da defesa, com fundamento em que duas das três condutas imputadas ao paciente poderiam ter amparo na legislação tributária. *Prima facie* à alegação naufraga em paralogismo, pois se há três condutas autônomas que tipificam um mesmo delito, da exclusão de duas delas remanesce uma, que é suficiente para embasar a condenação à pena mínima aplicada ao paciente. As teses defendidas pelos impetrantes para justificar as condutas típicas deveriam ter sido submetidas ao contencioso administrativo ou judicial, e não exercidas mediante alguma coisa parecida com o exercício arbitrário das próprias razões porque, quando em detrimento do fisco, configuram crime contra a ordem tributária, por expressa manifestação de vontade do legislador. De resto, quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas. 4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.

(HC n. 76.420-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.08.1998).

Processual Penal. Perícia documental. *Prova testemunhal e confissão não suprem a perícia oficial dos documentos, no caso de crime de falsidade documental*, se restam documentos a periciar. - Aplicação do art. 158 do CPP. não o juiz, mas a própria perícia, dirá da prestabilidade ou não para o exame, os documentos, que ele disse imprestáveis para periciar-se. Aplicação do art. 167 do CPP. Há ilegalidade na sentença que, sem periciar documento apreendido, de "motu" próprio, entende-os imprestáveis para exame e condena com base em testemunhas e confissão. recurso de *habeas corpus* a que se dá provimento.

(RHC n. 58.966-GO, 1ª Turma, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJU de 27.11.1981).

E, também desta Corte:

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Laudo pericial. Nulidades. Inocorrência.

1. "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta." (artigo 167 do Código de Processo Penal).

2. É incompatível com o âmbito angusto do *habeas corpus* a pretensão de reexame de prova.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado.
(HC n. 37.900-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 1º.08.2005).

Habeas corpus. Exame de corpo de delito indireto. Possibilidade. *Emendatio libelli*. Manifestação do recorrido acerca da nova capitulação jurídica. Desnecessidade.

‘O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental.’

(HC n. 23.898-MG, Rel. Min. Felix Fischer).

Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.

Ordem denegada.

(HC n. 25.097-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 16.06.2003).

Habeas corpus. Lesões corporais. Corpo de delito indireto. *Desaparecidos* os vestígios, e perfeitamente possível o exame do corpo de delito, de forma indireta, através da prova testemunhal, como previsto nos arts. 158 e 167, do Código de Processo Penal.

Ordem denegada.

(HC n. 1.257-PE, 6ª Turma, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJU de 14.09.1992).

Hélio Tornaghi in Curso de Processo Penal, 1980, Saraiva, V. I, p. 316 e 323, após distinguir o testemunho da perícia - *esta* como observação, *avaliação* e declaração, dando *opinião técnica*; *aquele*, como observação e declaração, *sem opinar* (art. 213 do CPP) - destaca que a falha na observação por prova pessoal (é até na hipótese de confissão) tem acarretado, *em crimes que deixam vestígio*, famosos erros ou quase erros judiciários. Por exemplo, em crime impossível (a ação pretensamente homicida, e confessada, realizada contra cadáver; infanticídio almejado, tendo, porém, a criança nascido morta; casos, pois, específicos de *delito putativo por erro de tipo*), o que deixa clara a insuficiência da prova pessoal em casos tais. O mesmo se diga em *arrombamentos*, quando a *aparência* pode induzir em erros ou distorções da realidade (v.g., momento do arrombamento, se era, ou não, preexistente, etc.). Vicente Greco Filho in Manual de Processo Penal, Saraiva, 1991, lembra, por seu turno, que o art. 167 do CPP, como uma exceção ou mitigação à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, “deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese

de desaparecimento natural ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu." Tornaghi enfatiza que a impossibilidade, na forma supra, do exame, pode ser suprido pelo exame indireto e, por último, pela prova testemunhal. (op. cit., p. 323). Portanto, a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios é uma decorrência de texto exposto de lei (art. 158 do Código de Processo Penal). A inobservância dessa exigência - considerada indispensável pela própria lei processual penal - constitui circunstância bastante para determinar a nulidade do processo (art. 564, inciso III, letra b, do CPP).

A realização do exame de corpo de delito direto não fica, portanto, ao mero talante da autoridade, mas ao contrário, o exame de corpo de delito indireto, supletivo, por imposição legal, somente poderá substituir o direto, quando e somente quando, tiverem desaparecido os vestígios da infração penal. Com efeito, se havia a possibilidade de se realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determiná-lo não pode ser suprida por nenhuma outra prova, sob pena de afronta à determinação expressa de lei - art. 158 do CPP. Nessa linha, também, é a lição de Heleno Cláudio Fragoso in "Jurisprudência Criminal" (1º Volume, Ed. Forense, 4ª edição, 1982, p. 275-277), a saber:

221. Exame de corpo de delito indireto

O exame de corpo de delito indireto não pode ser admitido quando era possível a realização do exame direto. Assim decidiu, com absoluto acerto, a 2ª C. Crim. do TA. do antigo Estado da Guanabara, na AC 4.426, relator o eminente Juiz João Claudino: "Só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Pretendia-se ter provadas lesões corporais com o simples boletim de socorro, o qual, como se sabe, é firmado por um só médico. A decisão foi unânime (DO 12.07.1971, p. 514).

O exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio é essencial (art. 158 CPP), sob pena de nulidade (art. 564, III, letra b).

É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto (art. 167), que se realiza através da prova testemunhal.

Duas são porém, as condições imprescindíveis: (a) - é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; (b) - a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios. Não se admite o corpo de delito indireto quando nenhum impedimento havia para a realização do exame:

Nulo é o processo em que tendo a infração deixado vestígios e não havendo qualquer obstáculo à realização do exame de corpo de delito, este não é realizado. O art. 158 CPP encerra uma regra de observância compulsória, cuja preterição é fulminada com a pena de nulidade, não a suprimindo a confissão

do réu, nem a prova testemunhal (TJ de São Paulo. HC n. 38.267, relator Des. Thomaz Carvalho, RT 208/71).

É imprescindível o corpo de delito direto. Se não se prova a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto. A vítima que se recusa ao exame deve ser compeli da sob pena de desobediência

(TJ Distrito Federal, relator Des. José Duarte, RF 90/816).
Cf. também RT 268/533.

A 2ª C. Crim. do TA do antigo Estado da Guanabara decidiu também na AC n. 4.091, relator igualmente o saudoso Juiz João Claudino, que “só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta” (DO 02.08.1971, 556).

222. Exame de corpo de delito indispensável nos crimes que deixam vestígio.

No HC n. 39.195, o STF decidiu conceder a ordem para anular o processo, considerando indispensável o exame de corpo de delito. Tratava-se de falsidade documental, sendo o réu acusado de ter falsificado uma carteira de identidade. Todavia, embora se achasse nos autos uma fotocópia do documento falso, o original não foi apresentado, nem submetido a exame de corpo de delito. O Min. Cunha Melo denegava a ordem, por entender que a fotocópia apresentada, com a declaração da autoridade policial quanto à falsidade, representava o corpo de delito. A maioria assim não entendeu, afirmando que a regra do art. 158 CPP é de observância obrigatória. O corpo de delito nos crimes que deixam vestígio não pode ser suprido nem pela confissão do acusado. O processo foi anulado a partir da denúncia. Relator o eminente Min. Vilas Boas (DJ 04.07.1963, p. 488).

A ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio implica em nulidade. Essa regra de nosso processo, que se destina a tornar certa a existência material do fato punível, foi reafirmada pelo STF no HC n. 41.866, relator o eminente Min. Cândido Motta Filho, por unanimidade (RTJ 32/106).

Por igual *Heráclito Antônio Mossin in Curso de Processo Penal, Volume 2, Ed. Atlas, 1998, p. 330-332, in verbis:*

A regra que prepondera, em termos de prova, é a da imprescindibilidade do exame de corpo de delito direto nos crimes de resultado, naqueles que deixam vestígios, sob pena de nulidade e do reconhecimento da não-comprovação da materialidade delitiva. O exame é denominado de direto porque incide sobre o próprio corpo do delito, sobre a pessoa ou coisa a ser examinada (v.g., cadáver, o revólver usado para cometer o homicídio, a porta arrombada, etc.)

Entende-se por *exame de corpo de delito* indireto aquele que é feito por “raciocínio dedutivo sobre um fato retratado por testemunhas, por não se ter a possibilidade do uso da forma direta”. Há aqui apenas uma reprodução, uma vez que não examina diretamente a pessoa ou a coisa objeto da perícia. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando o experto elabora o laudo pertinente com fundamento em relatório, fichas hospitalares ou mesmo ouvindo as pessoas que promoveram o atendimento à pessoa que foi vítima da ação delitiva.

O exame de corpo de delito indireto somente é admissível quando for absolutamente impossível a realização da inspeção direta, como nos exemplos apontados por Hélio Tornaghi: *pericimemento dos vestígios do crime; desaparecimento do corpo de delito* (às vezes, até, sonogado ou escondido pelo próprio criminoso; restauração do estado anterior ao crime, por *obra da natureza* ou pela *mão do homem*; inacessibilidade do local em que se encontra etc. Quando isso ocorre, os peritos podem, por meio de depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc. fazer o exame pericial denominado indireto.

O regramento processual ancorado no art. 158 do Código de Processo Penal é tão absoluto que o legislador não permite a substituição do *corpus delicti* direto e indireto pela confissão do acusado: *antequam resu propria confessione possit condemnari, oportet ut constet de corpore delicti*.

O preceito é bastante prudente e coeso com a verdade real. A confissão do acusado não tem o condão de suprir a necessidade de constatação material da infração típica, que deve ser comprovada e demonstrada de modo inequívoco por ato processual próprio confeccionado por experto. Ademais, *nada impede que a confissão seja obtida por meio ilícito ou, sendo voluntária, não corresponda à realidade, como acontece com o exemplo dado por Hélio Tornagui*, quando a agente confessa um crime impossível: ter morto alguém que já era cadáver quando a ação, supostamente criminosa, foi praticada. A prova quanto à materialidade deve conduzir à certeza, quer para a exata administração da Justiça, quer para evitar eventual erro judiciário. Daí por que a confissão não pode, *ex abundantia*, suprir a prova pericial.

De outro lado, embora o art. 167 do Código de Processo Penal tenha por objetivo amenizar o rigor do art. 158 do mesmo estatuto, deve esse preceito ser visto e interpretado com certas reservas para que o exame de corpo de delito não seja indevidamente preenchido pela prova testemunhal, que por sinal não se confunde com exame de *corpus delicti* indireto.

O legislador é bastante claro ao dizer expressamente naquela norma que a substituição da prova pericial pela testemunhal somente será viável em não sendo “possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios”. Verifica-se pelo texto legal que a prova testemunhal apresenta-se como expediente *meramente supletivo* para a comprovação do corpo de delito, somente sendo admissível quando for impossível a perícia *por impedimento legal* ou *por fato absolutamente invencível*. Logo, se a inspeção, por exemplo, não pode ser realizada porque por *incúria da pessoa interessada* ou da *própria autoridade a quem incumbia*

produzir a prova os vestígios desapareceram, não pode essa inspeção ser substituída pela prova testemunhal, uma vez que não se verifica na espécie fato absolutamente invencível.

Irajá Pereira Messias (in "Da Prova Penal", Ed. Bookseller, 2ª edição, 2001, p. 312), por igual, assevera:

Caberia, no entanto, uma indagação: e se o exame direto for possível, e, mesmo assim, não for realizado, por inércia ou desídia da autoridade (ou, pelos mesmos motivos, for realizado de forma nula, vindo essa nulidade a ser proclamada), caberia o exame pela forma indireta? Entendemos que ocorrerá a nulidade do art. 564, inc. III, letra b, estando expressa ali a ressalva do art. 167, que - por sua vez - permite o exame indireto nas hipótese de "...haverem desaparecido os vestígios", e não por incúria da autoridade na sua realização. Também a realização de forma direta ou indireta não é opção ou escolha da autoridade, mas o indireto somente é possível quando desaparecidos os vestígios.

Especificamente, em relação à indispensabilidade do exame de corpo de delito no crime de furto qualificado pela escalada, tem-se as considerações de Guilherme de Souza Nucci in "Código de Processo Penal Comentado", Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, p. 388, in verbis:

59. Furto qualificado: refere-se a lei especificamente ao furto qualificado, nada impedindo que outra figura típica qualquer, prevendo a mesma situação, possa valer-se do disposto neste artigo do Código de Processo Penal. É imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis. O mesmo se diga do furto cometido mediante escalada, ainda que, nesta hipótese, os rastros do crime possam ter desaparecido ou nem ter existido. Tal ocorrência não afasta, em nosso entender, a realização da perícia, pois o lugar continua sendo propício para a verificação. Ex.: caso o agente ingresse em uma casa pelo telhado, retirando cuidadosamente as telhas, recolocando-as depois do crime; pode ser que a perícia não encontre os vestígios da remoção, mas certamente conseguirá demonstrar que o local por onde ingressou o ladrão é alto e comporta a qualificadora da escalada. Sabe-se, por certo, que tal não se dá quando o agente salta um muro baixo, sem qualquer significância para impedir-lhe a entrada, algo que a perícia tem condições de observar e atestar. Por isso, as testemunhas somente podem ser aceitas para suprir a prova pericial, no caso da escalada, quando for para indicar o percurso utilizado pelo agente para ingressar na residência, mas não para concluir que o lugar é, de fato, sujeito à escalada, salvo se a casa tiver sido, por alguma razão, demolida. Em síntese, pois, o exame pericial é indispensável nesses dois casos (destruição ou rompimento de obstáculo e escalada), podendo ser suprido

pela prova testemunhal somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo e o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos.

Em relação aos crimes cometidos por meio de escalada, o Código de Processo Penal reserva dispositivo específico a respeito do tema, senão vejamos:

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, *ou por meio de escalada*, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, *por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.*

Aqui, a lei chega inclusive a especificar tópicos a serem observados pelos peritos na realização do laudo pericial. Nesse sentido, tem-se as palavras de Marcellus Polastri Lima (in "Curso de Processo Penal", Volume 2, Ed. Lumen Juris, 2004, p. 122), a saber:

Perícia de Arrombamento, Escalada. Destruição de Obstáculo
Nos casos de furtos qualificados por arrombamento, destruição obstáculo ou escalada (art. 155, § 4º, do CP), é necessária a realização de exame pericial para constatar a hipótese qualificadora, sob pena de haver desclassificação para a hipótese de furto simples.

Nestes termos, assim dispõe o *artigo 171 do CPP*:

Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, *ou por meio de escalada*, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, *por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.*

Importante o cumprimento da parte final do dispositivo, pois se aferirá se realmente o arrombamento ou a escalada foram feitos por aquele agente na data do fato.

A injustificável falta do exame de corpo de delito, a par de constituir uma nulidade por força da lei, pode eventualmente ensejar, como consequência, a falta de prova essencial de materialidade do delito ou de circunstância qualificadora ou majorante. Tudo depende processualmente do caso em si. O que não pode acontecer é reconhecer-se, *como homenagem à suposta verdade real*, algo como provado, quando em verdade, em termos legais, tal demonstração não ocorreu.

Assim, no caso concreto, inexistente laudo pericial apto a comprovar que o paciente, de forma inequívoca, procedeu a escalada do muro que circundava

a residência da vítima, deve ser afastada a qualificadora do inciso II, § 4º, do art. 155, do Estatuto Repressivo.

A propósito:

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Furto tentado. Escalada. Incidência de qualificadora. Necessidade de laudo pericial. Aplicação analógica da majorante do roubo com concurso de agentes. Impossibilidade. Consumação. Trânsito em julgado para a acusação. *Reformatio in pejus*.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.

II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP (*Precedentes*).

III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

IV - Se a r. sentença condenou o recorrido por furto tentado, não tendo sido interposto recurso pela acusação, não se pode mais discutir o momento consumativo do delito, sob pena de *reformatio in pejus* (*Precedentes*).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.

(REsp n. 932.780-RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 29.10.2007).

Quanto ao restante, busca a impetrante a fixação do regime inicialmente semi-aberto para cumprimento da reprimenda pelo paciente.

No caso em tela, a r. sentença procedeu a fixação da pena e do regime inicial, nos seguintes termos:

O réu é portador de péssimos antecedentes Criminais, sendo *reincidente* (fls. 105-106), de forma que, atento para tal circunstância e, demais elementos preconizados pelo artigo 59 do CP, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, um ano de reclusão e dez dias multa, com o dia unitário no piso mínimo, que aumento em um sexto devido a reincidência, resultando em definitivo a pena de *hum ano e dois meses de reclusão e onze dias multa*, com o dia unitário no piso mínimo.

(...)

Face a comprovada reincidência do réu, fixo o regime prisional inicial *fechado*, expedindo-se mandado de prisão. (fls. 52-53)

O e. Tribunal *a quo*, por sua vez, ao exasperar a pena do paciente e fixar o regime inicialmente fechado, assim consignou, *in verbis*:

Na primeira fase da dosimetria da pena, fixo a base em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e, mantendo a exasperação de primeiro grau (reincidência - 1/6), as penas ficam estabilizadas no patamar de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, já que inexistentes outras causas modificadoras.

A mencionada recidiva do recorrido, impõe e justifica a fixação do regime fechado para o desconto inicial da pena aqui aplicada e torna impossível a substituição da corporal por reprimendas alternativas, ante o impedimento disposto no inciso II, do artigo 44, do Código Penal e também por entender que a medida não é socialmente recomendável (§ 3º, do mesmo artigo), o mesmo ocorrendo com o *sursis*, uma vez não preenchido o requisito disposto no inciso I, do artigo 77, do Código Penal. (fl. 61 - grifei)

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que, embora a pena-base, fixada no mínimo legal, tenha sido exacerbada em razão da reincidência e da qualificadora de escalada, não houve reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto pela r. sentença condenatória, quanto pelo e. Tribunal *a quo*, os quais somente fixaram o regime inicial fechado *em virtude da reincidência*.

A esse respeito, oportuno trazer à colação o parecer ministerial, *verbis*:

A il. Defensora Pública impetrante alega, ainda, que o réu reincidente tem direito a iniciar o cumprimento da pena, igual ou inferior a 4 (quatro) anos, em regime semi-aberto, *ex vi* da Súmula n. 269-STJ.

Referido entendimento sumular apenas afasta a possibilidade do início de cumprimento em regime semi-aberto quando, na sentença condenatória, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal houverem sido desfavoráveis ao acusado.

In casu, o Juízo de 1º grau, de fato, estabeleceu a pena-base para o roubo simples (art. 155, *caput*) em seu patamar mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão (fls. 12-13), enquanto a Corte *a quo*, reconhecendo a qualificadora da escalada, fixou a reprimenda, na 1ª fase da dosimetria penal, em 2 (dois) anos de reclusão, piso previsto em lei (fl. 19).

As circunstâncias judiciais, portanto, seja na sentença de 1º grau, seja no acórdão proferido em sede de apelação, foram tidas como favoráveis ao paciente, ficando a pena-base, após provimento do recurso de apelo da acusação, no valor mínimo legal. Incide, assim, o teor da Súmula n. 269-STJ, tendo o paciente, mesmo reincidente,

direito a iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (fl. 89)

Com efeito, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena pressupõe, conforme o artigo 33, § 3º, do Código Penal, a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Assim, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos e que tenha todas as circunstâncias judiciais favoráveis, com pena aplicada no mínimo legal, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, conforme interpretação dos artigos 33 e 59 do Código Penal (nesta linha no plano doutrinário: Rogério Greco in "Curso de Direito Penal - Parte Geral", 3. ed. Ed. Impetus, 2003, p. 462; Cezar Roberto Bitencourt in "Manual de Direito Penal - Parte Geral", 6ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 421; Julio Fabbrini Mirabete in "Manual de Direito Penal - Parte Geral", 17. ed. Ed. Atlas, 2001, p. 256).

Nesse entendimento:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 155, § 4º, inciso I, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais favoráveis. Réu reincidente. Regime semi-aberto. Súmula n. 269-STJ. Execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Recurso especial. Efeito devolutivo.

I - O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento em regime semi-aberto, *ex vi* dos artigos 33 e 59 do Código Penal (*Precedentes e Súmula n. 269-STJ*).

II - Contra a decisão condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária - apelos especial e extraordinário - sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei n. 8.038/1990), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação (*Precedentes do Pretório Excelso e do STJ Súmula n. 267-STJ*).

Writ parcialmente concedido.

(HC n. 84.135-SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 1º.10.2007).

Habeas corpus. Porte de arma. Reincidência. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime prisional. Súmula n. 269-STJ.

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto.

(HC n. 43.097-SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 1º.08.2005).

Criminal. Porte ilegal de arma. Reincidência excluída. Impropriedade. Regime prisional. Réu reincidente. Condenação inferior a 4 (quatro) anos. Regime aberto. Não cabimento. Substituição da pena. Reincidência genérica. Adequação da benesse. Reexame de elementos de índole subjetiva. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Recurso parcialmente conhecido e provido em parte.

I. O agravamento da pena pela reincidência reflete a necessidade de maior reprovabilidade do réu voltado à prática criminosa. Impropriedade de sua exclusão sob fundamento da perda de sua função teleológica.

II. Profbe-se ao réu reincidente a fixação do regime aberto, em qualquer caso.

III. O art. 44, II, do Código Penal deve ser interpretado de forma conjunta com o § 3º do mesmo dispositivo, ou seja, a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico.

IV. Tratando de réu reincidente genérico e tendo a benesse sido considerada adequada à espécie nas instâncias ordinárias, com base em elementos de índole subjetiva, não pode ser revisto em sede de recurso especial, diante do disposto na Súmula n. 7-STJ.

V. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido, para determinar a incidência da agravante da reincidência, bem como para fixar o regime semi-aberto de seu cumprimento.

VI. Remessa dos autos ao Jufzo de primeiro grau para a readequação da pena.

(REsp n. 72.8673-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19.09.2005).

A propósito, a *quaestio* já está sumulada:

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. (*Súmula n. 269-STJ*)

Diante de todo o exposto, concedo a ordem para afastar a qualificadora da escalada e restabelecer a reprimenda fixada na r. sentença condenatória, qual seja, 01 (um) ano e 02 (dois) meses, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa. Concedo a ordem, ainda, para fixar o regime inicial semi-aberto, para cumprimento da pena pelo paciente.

É o voto.