RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.963 - RS (2018/0340684-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE	:	MARCIO RENATO COSTA
ADVOGADO	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 2.º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. OUTROS MEIOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MÁRCIO RENATO COSTA, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n.º 0321599-19.2017.8.21.7000).

Consta nos autos que o Recorrente foi condenado, como incurso no art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 40 (quarenta) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos (fls. 272-277).

Irresignada, a Defesa recorreu ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento à apelação defensiva apenas para reduzir a pena de multa ao patamar de 12 (doze) dias-multa e suspender a exigibilidade das custas processuais (fls. 346-363).

Nas razões do recurso especial, o Recorrente argumenta que o acórdão recorrido contrariou o disposto no art. 158 e 167 do Código de Processo Penal, pois, "*tendo-se em vista que o rompimento de obstáculo constitui circunstância que deixa vestígios, faz-se necessário, para a comprovação da qualificadora prevista no art. 155, § 4°, inciso I, do Código Penal, perícia válida*" (fl. 373).

Alega, ainda, que o entendimento adotado no acórdão recorrido divergiu do acórdão proferido por esta Corte Superior no julgamento do AgRg no REsp n.º

1.513.004/RS.

Contrarrazões às fls. 387-391.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 409-414).

É o relatório. Decido.

Em relação à comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo no caso em exame, o acórdão recorrido consignou que (fl. 359; sem grifos no original):

> "*E a conduta deu-se na forma qualificada.*
> ***Os dizeres da vítima não deixam dúvidas da presença da qualificadora****, confirmando que o indigitado, para ter acesso ao interior da casa, quebrou o vidro da janela do banheiro.*
> *No ponto, apenas ressalto que,* ***embora não tenha sido produzida perícia****, há posicionamento jurisprudencial, ao qual me filio no sentido de que, havendo outras provas a evidenciarem o rompimento do obstáculo, o laudo pericial torna-se até mesmo prescindível (art. 167 do CPP), consoante jurisprudência do Quarto Grupo Criminal, do qual este Órgão Fracionário é integrante*."

Como se vê, a Corte estadual reconheceu expressamente que não há, nos autos, laudo pericial que comprove o rompimento de obstáculo, tendo sido considerada, como prova suficiente para a configuração da referida qualificadora, a palavra da vítima.

Contudo, a jurisprudência pacífica desta Corte Superior entende que é imprescindível, para a constatação da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo no crime de furto, a realização do exame de corpo de delito, o qual somente pode ser suprido pela prova testemunhal ou outro meio indireto quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, o que não foi evidenciado nos autos em exame. Nesse sentido, confira-se:

> "*AGRAVO REGIMENTAL.* HABEAS CORPUS. *EXECUÇÃO PENAL.* ***FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ESCALADA. EXAME DE CORPO DE DELITO. INEXISTÊNCIA. CRIME DE DANO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ILEGALIDADES.*** *FALTA DE FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO.*
> ***1. Nos termos da consolidada jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e da escalada, para fins de conferir maior reprovabilidade ao crime de furto, exige, nos termos do art. 158 do***

CPP, a realização de exame de corpo de delito. Precedentes.

2. No caso em exame, a sentença condenatória não apresentou qualquer justificativa plausível para endossar a tese da prescindibilidade do exame pericial no local dos fatos, apontando apenas que as demais provas acostadas ao processo concluíram acerca do arrombamento e da escalada durante a prática do crime de furto.

3. Em relação ao reconhecimento do crime de dano, este Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, entende ser imprescindível a realização de exame pericial, a fim de atestar a materialidade do delito. Precedentes.

4. Agravo improvido." (AgInt no HC 437.169/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe de 26/09/2018; sem grifos no original).

"*PROCESSO PENAL E PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E/OU OMISSÃO. OCORRÊNCIA.* ***QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA DIRETA.*** *EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.*

1. Os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de haver ambiguidade, obscuridade, contradição e/ou omissão (artigo 619 do Código de Processo Penal).

2. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e de escalada no delito de furto requisita a realização de exame pericial direto, somente substituível por outros meios de prova quando não existirem ou desaparecerem os vestígios ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. Logo, se era possível a realização da perícia, como no caso concreto dos autos, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal, a confissão do acusado e o exame indireto não suprem a sua ausência.

4. Embargos de declaração acolhidos, a fim sanar a omissão apontada, com efeitos infringentes, tão somente para afastar a causa de aumento do rompimento de obstáculo para a configuração do delito de furto qualificado" (EDcl no HC 408.471/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe de 27/10/2017; sem grifos no original.)

Desse modo, a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal deve ser afastada no caso em apreço, ante a ausência do laudo pericial apto a demonstrar a sua ocorrência, nos termos exigidos pelo art. 158 do Código de Processo Penal.

Aplica-se, quanto ao tema do recurso, o disposto na Súmula n.º 568/STJ: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar*

provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

Nesse termos, passo a redimensionar as penas.

Na primeira fase da dosimetria, afastada a qualificadora referente ao rompimento de obstáculo, a pena-base do crime de furto simples deve ser aplicada no patamar mínimo legal: 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ressalte-se, neste ponto, que, ao contrário do consignado no acórdão recorrido (fl. 361), para fins de dosimetria penal, "*não é possível a utilização de condenação transitada em julgado por fato cometido após o delito em análise*" (AgRg no REsp 1.705.047/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 18/12/2018).

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, ante a ausência de causas para o aumento ou diminuição da reprimenda, alcança-se a pena final de **01 (um) ano de reclusão** e **10 (dez) dias-multa**.

Considerando o patamar da pena imposta e as circunstâncias judiciais favoráveis, mantém-se o **regime inicial aberto**.

Do mesmo modo, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, mantém-se a **substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos,** a ser fixada pelo Juízo das Execuções Penais.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal, reduzindo as penas do Recorrente ao patamar de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário fixado na sentença, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo das Execuções Penais.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora