AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 876.754 - MG (2016/0075683-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	LUCAS COSTA SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por LUCAS COSTAS SANTOS contra decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial defensivo.

Consta dos autos que o agravante foi condenado às penas de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e 6 dias-multa, pela prática do crime do art. 155, § 4º, I, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por medidas restritivas de direitos.

A apelação criminal da defesa foi parcialmente provida, a fim de reconhecer a forma privilegiada do delito, fixando-se as penas em 10 meses e 20 dias de reclusão e 4 dias-multa e substituindo-se a sanção corporal por prestação de serviços à comunidade. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 262):

> *APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - CARACTERIZAÇÃO - "ITER CRIMINIS" - FRAÇÃO ADEQUADA - MANUTENÇÃO - PRIVILÉGIO - CABIMENTO.*
>
> *- Segura a prova dos autos quanto à prática de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, prescindível se mostra o laudo pericial para a comprovação da qualificadora prevista no inciso I, di §4º, do art. 155, CP.*
>
> *- A fixação do percentual de redução previsto para a tentativa, no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, orienta-se no sentido de que a pena deve ser diminuída na proporção inversa do iter criminis percorrido pelo agente.*
>
> *- Nos termos da súmula 511 do colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a aplicação do privilégio ao furto qualificado.*

Interpostos embargos infringentes, foram eles desprovidos nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 293):

> *EMBARGOS INFRINGENTES - FURTO QUALIFICADO -*

> *ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - ART.155, § 4º, I, DO CPB - DECOTE DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - IMPOSSIBILIDADE. A simples ausência do laudo pericial, quando cabalmente comprovada por outras provas, sejam elas documentais ou testemunhais, a destruição ou rompimento de obstáculo para a subtração da coisa, não implica no decote da respectiva qualificadora, sob pena de se estabelecer uma hierarquia entre provas não prevista em lei, contribuindo, ainda, para situações de impunidade.*

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, alegando contrariedade ao art. 158 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o laudo pericial era indispensável para caracterizar a qualificadora referente ao rompimento de obstáculo, por se tratar de infração que deixa vestígios, não podendo supri-lo a prova testemunhal ou mesmo a confissão do acusado.

Inadmitido o apelo extremo, os autos foram encaminhados a esta Corte em virtude de agravo em recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do agravo e pelo desprovimento do recurso especial em parecer assim ementado (e-STJ fl. 339):

> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DISCUSSÃO QUANTO À NECESSIDADE DE PERÍCIA PARA COMPROVAÇÃO DA QUALIFICADORA. QUESTÃO DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. MÉRITO: PERÍCIA. POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO POR OUTROS MEIOS DE PROVA VÁLIDOS. CASO EM QUE O ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO RESTOU CABALMENTE DEMONSTRADO, NOTADAMENTE PORQUE O ACUSADO SE CORTOU GRAVEMENTE NOS CACOS DE VIDRO RESTANTES NA JANELA AO TENTAR FUGIR. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. Pelo provimento do agravo para que seja admitido o recurso especial, negando-se-lhe, contudo, provimento.*

No presente regimental, a defesa reitera as razões do apelo nobre, sustentando a necessidade do exame pericial direto ou indireto. Aduz, ainda, que não ficou demonstrada a impossibilidade de confecção do laudo pericial, "não se podendo falar em desaparecimento dos vestígios ou em impossibilidade técnica de realização de laudo" (e-STJ fl. 365).

Assim, requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do

presente recurso à apreciação da Turma competente.

É o relatório.

Assim decidiu a Corte estadual (e-STJ fls. 264 e 296/297):

> Apelação Criminal:
>
> *A) DECOTE DA QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO*
>
> *Quanto ao decote da qualificadora de rompimento de obstáculo, pretendido pela Defesa, entendo que razão não lhe assiste.*
>
> *Isso porque,* ***embora não conste, nos autos, laudo pericial apto a comprovar o rompimento de obstáculo as provas carreadas aos autos são suficientes para demonstrar a configuração da referida qualificadora****.*
>
> *Com efeito, pelas declarações da vítima, f. 127, depoimento da testemunha, f. 126, e laudo médico de f. 07,* ***o recorrente, ao tentar fugir, pelo mesmo local pelo qual havia entrado, feriu-se gravemente nos cacos de vidro da janela, tendo, inclusive, sido submetido à cirurgia.***
>
> ***Ora, se a janela estivesse aberta, como afirma o réu, certamente não teria se ferido gravemente na perna, restando, pois, comprovado que quebrou a janela para escapar.***
>
> ***Registre-se que, a meu ver, o laudo pericial é prescindível em casos como o dos presentes autos, não me parecendo razoável exigir uma formalidade legal quando a qualificadora está evidenciada. Aliás, o próprio CPP dispõe, em seu art. 167, que a prova testemunhal poderá suprir a falta de exame de corpo de delito, quando desaparecerem os vestígios****.* (Grifei)
>
> Embargos infringentes:
>
> *Nesta toada é que, entendo, relativamente ao pedido de decote da qualificadora do rompimento de obstáculo, sob a alegação de que não teria havido perícia no local, fins de comprovação do efetivo rompimento, a sorte não abraça a pretensão do embargante.*
>
> *Antes de expor acerca da manutenção da qualificadora do rompimento de obstáculo, retomando a explanação inicial deste voto, relembro que no dispositivo da sentença, fora o réu condenado como incurso nas sanções do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, inclusive, constando fundamentação no julgado a embasar dita condenação.*
>
> *Ora, como é cediço,* ***na impossibilidade de realização de exame de corpo delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal possui plena capacidade para suprir referida falta, como foi o caso em tela****.*
>
> *De modo que, por concluir que negar valor a outras provas, sejam elas documentais ou testemunhais, quando incontroversas neste sentido, pela simples ausência do laudo pericial, seria estabelecer*

> *uma hierarquia entre elas não prevista em lei, contribuindo, ainda, para situações de impunidade.*
>
> *Com efeito, na espécie, a despeito da ausência de laudo pericial, patente o rompimento de obstáculo para a subtração da res furtiva, consoante registro do boletim de ocorrência.*
>
> *Imperiosa, pois, a confirmação da respectiva qualificadora, a despeito das alegações defensivas.*
>
> *Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS INFRINGENTES, para manter o voto majoritário proferido no julgamento do recurso de apelação, da lavra do ilustre Des. Silas Vieira.* (Grifei)

Assiste razão ao agravante.

É que este Tribunal Superior firmou orientação de ser imprescindível, nos termos dos artigos 158 e 167 do Código de Processo Penal, a realização de exame pericial para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo 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:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, 167 E 171, TODOS DO CPP. DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. PERÍCIA DIRETA. IMPRESCINDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES.*
>
> *1. Para o Superior Tribunal de Justiça, a qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo só pode ser aplicada ao crime de furto mediante realização de exame pericial, tendo em vista que, por ser infração que deixa vestígio, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal.*
>
> *2. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, o que não foi demonstrado no presente caso.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1637802/MG, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017.)

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. EXAME PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. PENA FINAL. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.*

> *1. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, o reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo exige a realização de exame pericial, o qual somente pode ser substituído por outros meios probatórios quando inexistirem vestígios, o corpo de delito houver desaparecido ou as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.*
>
> *2. Não sendo apontado nenhum fundamento capaz de justificar a não realização da perícia, impõe-se o afastamento da qualificadora. Precedentes.*
>
> *3. Não havendo o agravamento da situação do paciente, não há falar em reformatio in pejus.*
>
> *4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 332.387/MS, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017.)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Mostra-se necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime ou mesmo para sua tipificação, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos. Logo, se era possível a realização da perícia, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência.*
>
> *2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1441135/MT, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 24/09/2014.)

No caso dos autos, o Tribunal de origem não apresentou fundamentos aptos a justificar a ausência do exame técnico, razão pela qual a mencionada qualificadora deve ser afastada.

Assim, passo ao redimensionamento da reprimenda do delito do art. 155 do CP, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, a pena-base é estabelecida no mínimo legal de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, na segunda etapa do cálculo, mantenho a pena provisória nesse patamar, tendo em vista o teor da Súmula n. 231/STJ. Aplicadas as causas de diminuição de pena referentes à tentativa, bem como do § 2º do art. 155 do CP, ambas no patamar de 1/3, **a pena**

definitiva fica estabelecida em 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e 4 dias-multa.

Com essa pena, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista o transcurso do prazo prescricional de 3 anos, conforme determina o art. 109, VI, do CP, contado a partir da publicação da sentença condenatória, em 25/2/2014 (e-STJ fl. 202), até a presente data.

Vale ressaltar que a ocorrência da extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal constitui matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal.

Ademais, conforme entendimento adotado por esta Corte quanto à análise de recursos não admitidos, sedimentado no EAREsp n. 386.266/SP, de 3/9/2015, relator Ministro GURGEL DE FARIA, nas hipóteses em que o agravo for conhecido e o recurso especial for provido, não há que se falar em formação da coisa julgada na origem.

Ante o exposto, **reconsidero a decisão agravada, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial**, a fim de afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, tornando a pena definitiva em 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e 4 dias-multa. Outrossim, **reconheço o implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declaro extinta a punibilidade do ora agravante.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator