RECURSO ESPECIAL Nº 1.799.646 - MG (2019/0056653-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	WELLINGTON MARCOS HERCULANO DA COSTA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por WELLINGTON MARCOS HERCULANO DA COSTA, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 186):

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO - COMPATIBILIDADE COM A FORAM QUALIFICADO DO DELITO - DEPENDÊNCIA QUÍMICA - ISENÇÃO DE PENA - IMPOSSIBILIDADES.*
>
> *Devidamente demonstradas a materialidade e a autoria delitivas, a condenação pelo crime de furto é de rigor. Havendo comprovação da qualificadora da escalada, é de ser considerada na condenação tal circunstância.*
>
> *A dependência química voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade penal, nos termos do artigo 28, II, do Código Penal.*
>
> *Por outro lado, não há qualquer prova de que o apelante fosse, em virtude de caso fortuito ou força maior, à época da infração, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, ou ainda, que não possuísse, ao tempo da ação, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento.*
>
> *E possível o reconhecimento da causa de aumento do repouso noturno no furto qualificado.*
>
> *[...]*
>
> *Provimento parcial ao recurso que se impõe.*

Opostos embargos infringentes pela defesa, estes foram rejeitados pela Corte local (e-STJ fls. 220/226).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 231/236), alega a parte recorrente violação do artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal e do artigo 158 do Código de Processo Penal. Sustenta o afastamento da qualificadora relativa à escalada, ante a ausência de laudo pericial para a sua aferição. Alega a imprescindibilidade do referido laudo, tendo em vista se tratar de delito que deixa vestígios.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 241/249), o Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial defensivo (e-STJ fls. 251/253).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ fls. 265/271).

É o relatório. **Decido**.

O recurso merece acolhida.

O Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, por maioria, manteve a incidência da qualificadora relativa à escalada, prevista no art. 155, § 4º, inciso II, do CP, consignando para tanto o seguinte (e-STJ fls. 190/191):

> *[...]*
>
> *Por outro lado, a qualificadora da escalada também está comprovada pela prova oral.*
>
> *O próprio acusado admitiu que "alega ter pulado o muro e em seguida entrado pela janela da casa, por onde também saiu do local"(fl. 08, confirmação à fl. 85).*
>
> *A prova oral corrobora a ocorrência da escalada (fls. 09. 82, 83 e 86).*
>
> *A respeito da escalada, a doutrina elucida:*
>
> *"Ocorre a escalada quando o agente utiliza-se de maior esforço ou energia para ingressar no lócus delicti, usando de via anormal para penetrar no local do fato Assim é necessário que haja uma dificuldade para entrar pela via incomum, reclamando do sujeito ativo um esforço maior, valendo-se de meios artificiais ou de suas próprias habilidades"... (Prado. Luiz Regis Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume: 2: Parte Especial 2* ed rev .*

> *atual, e ampl. - São Paulo: RT. 2002, p. 378).*
>
> *Dessa forma, não há como afastar o reconhecimento da qualificadora referente à escalada, porque o autor empreendeu esforço anormal para adentrar no local onde se deu o furto.*
>
> *Evidenciada a qualificadora através da prova oral, desnecessária a existência do laudo pericial para atestá-la.*
>
> *[...]*
>
> *Dessa maneira, resta o apelado condenado nas sanções do artigo 155, § 4º, II, do Código Penal, passando-se à retificação das penas.*
>
> *[...].*

Não obstante, no que tange à imprescindibilidade da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado pela escalada, vale lembrar que a jurisprudência tem-se orientado no sentido de que 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 o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. Assim, se era possível a realização da perícia, mas esta não ocorreu, a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência.

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. BENS RESTITUÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. QUALIFICADORA DA ESCALADA. PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA NÃO JUSTIFICADA. I INCIDÊNCIA AFASTADA. DOSIMETRIA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*

7. Tendo a qualificadora sido reconhecida com base em prova testemunhal e no fato de o réu ter sido surpreendido no telhado da agência bancária, deve ser afastada a escalada e reconhecida a prática de furto simples, pois, além de não ter sido demonstrada a impossibilidade de realização da perícia técnica, tais provas não suprem a necessidade de sua efetivação.

8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente, fixando-a em 6 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 3 dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória. (HC 456.480/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PERÍCIA. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. ESCALADA NÃO CONFIRMADA. PROVA TESTEMUNHAL. INSUFICIÊNCIA. QUALIFICADORA AFASTADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Para o reconhecimento da qualificadora da escalada ou do rompimento de obstáculo é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se (a) o delito não deixar vestígios; (b) os vestígios deixados desapareceram; ou (c) as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência das qualificadoras previstas no art.

155, § 4º, inciso I e II, do Código Penal, exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo ou da escalada, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direto.

4. Evidenciado que além de a qualificadora ter sido indevidamente reconhecida com base apenas na prova testemunhal, a perícia realizada no local dos fatos não constatou a existência de marcas que pudessem sugerir a escalada, deve ser afastada a qualificadora.

5. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de afastar a qualificadora da escalada e determinar que o

Juízo da Execução realize nova dosimetria da pena imposta ao paciente. (HC 422.531/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe 14/9/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO AFASTADA. AUSÊNCIA EXAME PERICIAL DIRETO. PROVA TESTEMUNHAL INSUFICIENTE PARA COMPROVAR A QUALIFICADORA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Segundo o entendimento desta Corte, o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo exige a realização de exame pericial direto, admitindo-se a constatação indireta nos casos em que a infração não deixar vestígios ou esses forem insubsistentes ou inexistentes no momento da apuração do crime, devendo tais circunstâncias estarem bem demonstradas nos autos.

2. In casu, os julgamentos estaduais reconheceram a qualificadora tão somente em razão da prova testemunhal sem indicarem qualquer circunstância que justificasse a não realização da perícia técnica.

3. A decisão agravada que afastou a qualificadora do rompimento de obstáculo deve ser mantida tendo em vista o acórdão recorrido ter contrariado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.708.616/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 15/5/2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO MINISTERIAL. MANUTENÇÃO DA QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. IMPRESCINDIBILIDADE.

I - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que o exame de corpo de delito é imprescindível para a caracterização da qualificadora do rompimento de obstáculo, sendo admitido o exame de forma indireta apenas nas hipóteses de não existirem vestígios ou em caso de desaparecimento deles.

II - Tendo as instâncias ordinárias optado deliberadamente por desconsiderar a imprescindibilidade do exame pericial para caracterização da qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto, imperioso reconhecer o confronto com a

jurisprudência desta Corte.

Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1134043/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 23/11/2017, DJe de 1º/12/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SÚMULA N. 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento das qualificadoras do rompimento do obstáculo, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se não existirem ou tenham desaparecido, ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. No caso em análise, o Tribunal local, ao apreciar a questão, não apresentou justificativas para a não realização da perícia. Assim, de rigor o afastamento da qualificadora.

4. Ainda que presente a agravante da reincidência, o paciente teve a pena-base fixada no mínimo legal e foi condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão. Dessa forma, é cabível o regime semiaberto. Súmula n. 269/STJ.

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, apenas para afastar a qualificadora, redimensionar a pena do paciente e fixar o regime semiaberto. (HC 420.597/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017).

No presente caso, não foi apresentada qualquer justificativa

para a ausência de elaboração do exame direto, devendo ser afastada a qualificadora referente à escalada, tendo em vista a ausência de laudo pericial.

Por oportuno, verifico a ocorrência de flagrante ilegalidade no tocante aos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias para atribuir valoração negativa à circunstância judicial atinente à personalidade do agente, sendo necessária a concessão de *habeas corpus, de ofício*, no ponto.

Com efeito, a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

Na espécie, a Corte local, no julgamento do apelo defensivo, ao manter a negativação da personalidade do agente, na primeira etapa do procedimento dosimétrico, assim de pronunciou (e-STJ fls. 192/193):

> *[...].* ***A personalidade congênita do acusado não pode ser aferida, mas a personalidade adquirida é desfavorável, porque se verifica da CAC de fls. 88/103 que ele é dado á prática de delitos contra o patrimônio.*** *[...].* (grifei)

In casu, pela leitura do excerto acima transcrito, não obstante a extensa ficha de antecedentes criminais do recorrente (fls. 109/124), reputo inidôneos os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias para a

exasperação da pena-base, em decorrência da valoração negativa do vetor da personalidade.

É que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

Nesse sentido, o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, dispõe, *in verbis*, que *é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*.

Nessa mesma linha, o seguinte precedente da Terceira Seção:

> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. JOGO DO BICHO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE. PROCESSOS PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.*
>
> *1. Processos criminais não transitados em julgado não servem para agravamento da pena-base (verbete n. 444 da Súmula do STJ).*
>
> *2. Reclamação julgada procedente para fixar a pena-base no mínimo legal, determinando o exame pelo Juízo da Execução quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.* (Rcl 24.112/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 16/02/2017).

Confira-se, ainda, o julgado da Quinta Turma a seguir transcrito:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *[...]*
>
> *3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e*

> *processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*
>
> *4. No caso, a sentença condenatória reconheceu os maus antecedentes do réu com fundamento em processos em andamento, o que ofende o princípio da presunção de inocência, inexistindo, portanto, fundamentação idônea para o incremento da básica por tal vetor, nos termos do reconhecido no acórdão ora embargado. Em verdade, a decisão colegiada não incorreu em omissão, restando claro que o embargante pretende rediscutir matéria já decidida no julgamento dos habeas corpus, com o fim de manter a valoração negativa dos antecedentes do réu.*
>
> *5. Embargos de declaração rejeitados.* (EDcl no HC 170.439/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

Desse modo, deve ser extirpada da pena-base a exasperação decorrente de valoração negativa da moduladora da personalidade do agente.

Restando configurando o delito do art. 155, *caput*, do CP, passo a refazer a dosimetria da pena do acusado, mantidos os demais termos da condenação.

Na primeira fase, mantida a valoração negativa dos antecedentes, tendo em vista a multiplicidade das condenações transitadas em julgado, exaspero a pena-base em 1/2 (metade), fixando-a em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Na segunda fase, mantida a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, fica a pena provisória tal como fixada no patamar anterior. No terceiro estágio dosimétrico, presente a causa de aumento do art. 155, § 1º, do CP e ausentes causas de diminuição, elevo a pena em 1/3 (um terço), ficando a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

No que tange ao regime, a jurisprudência desta Corte firmou o

entendimento de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

No presente caso, verifica-se que o envolvido, além de reincidente, o que atrairia a aplicação da Súmula n. 269/STJ e a fixação do regime inicial semiaberto, possui maus antecedentes, tanto assim que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, o que afasta o referido enunciado sumular, representando fundamentação idônea para a fixação do regime prisional fechado e a impossibilidade da substituição da pena.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para afastar a qualificadora do art. 155, § 4º, inciso II, do CP, e, **de ofício, concedo a ordem de *habeas corpus,*** para afastar da pena-base a exasperação decorrente da valoração negativa atribuída à vetorial da personalidade, redimensionando as penas do acusado para **2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa**, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator