AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.794 - DF (2019/0093783-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	MATEUS ISRAEL GOMES E SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	BRUNO CRISTIAN SANTOS DE ABREU (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF043143 NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial em desfavor de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que a sentença proferida pelo magistrado de piso julgou procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia e condenou o réu como incurso nas sanções do art. 155 (furto), §§ 1° e 4°, I e II c/c art. 14, II, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima.

O recurso da defesa foi desprovido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 211):

> *FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ESCALADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA TESTEMUNHAL. CONFISSÃO DO APELANTE. PROVA SUFICIENTE. ESCALADA. COMPROVAÇÃO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PERÍCIA NÃO REALIZADA. EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO REPOUSO NOTURNO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENAS - BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. TENTATIVA. ITER CRIMINIS SIGNIFICATIVAMENTE PERCORRIDO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. SENTENÇA MANTIDA.*
>
> *1. Conjunto probatório constituído por prova documental (Auto de Prisão em Flagrante; Auto de Apresentação e Apreensão das ferramentas utilizadas pelo apelante para arrombar a residência; Ocorrência Policial; Relatório da Autoridade Policial) e oral (depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão, da testemunha e da.vítima e confissão do apelante) que autoriza a condenação imposta ao recorrente.*

2. "Configura-se o furto mediante escalada quando o agente usa da própria agilidade ou de destreza e esforço incomum para ingressar no local do crime." (Acórdão n.557097, 20111010018022APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: ROBERVAL BELINATI, 23 Turma Criminal, Data de Julgamento: 15/12/2011, Publicado no DJE: 09/01/2012. Pág.: 249.).

2.1 No caso dos autos, a testemunha e os policiais militares responsáveis pela prisão informaram que se tratava de um sobrado e o cadeado que dava acesso à parte superior da residência estava quebrado. Por meio deste portão, o apelante ingressou pela casa, desceu as escadas e chegou até a cozinha, onde quebrou a porta de vidro. Somam-se a isto as ferramentas encontradas, utilizadas pelo apelante, relacionadas no auto de apresentação e apreensão, configurada está a qualificadora da escalada.

3. Indispensável a perícia para atestar a qualificadora prevista no inciso I dó § 4° do art. 155 do CPB, a qual só poderá ser - suprida por prova testemunhal ou confissão do acusado quando desaparecidos os vestígios.

3.1 No caso dos autos, residência sem morador, consertados no dia seguinte o cadeado e a porta. Desaparecidos os vestígios, inócuo eventual exame pericial, devendo-se admitir outros meios de prova. Na hipótese, a prova oral constituída pela confissão do apelante e declarações dos policiais responsáveis pela prisão, de testemunha e da vítima, não deixa dúvida do arrombamento, razão pela qual qualificadora que deve ser mantida.

4. "A despeito da técnica de redação legislativa utilizada no artigo 155 do Código Penal, consoante a reiterada jurisprudência deste Tribunal e do egrégio STJ, inexiste incompatibilidade entre a causa de aumento do repouso noturno e o furto qualificado, porquanto a majorante é aplicável tanto na forma simples quanto na qualificada do delito de furto." (Acórdão n.1070341, 20160510053945APR, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2a TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 25/01/2018, Publicado no DJE:,02/02/2018. Pág.: 158/170).

4.1 Todos os depoimentos são uníssonos no sentido de que a tentativa de furto ocorreu por volta das 23h e, portanto se encontrava reduzida a vigilância sobre o local. O fato ainda de a residência estar vazia não obsta a incidência da referida causa de aumento, por tratar-se de circunstância de natureza objetiva que considera apenas o horário do crime.

5. "No crime de furto, presentes mais de uma qualificadora, é possível que uma seja utilizada para qualificar o crime e, a outra, como circunstância agravante - caso esteja elencada como- tal no Código Penal - ou, ainda, como circunstância judicial desfavorável, apta a ensejar a fixação da pena -base acima do mínimo legal." (Acórdão n.1084100, 20170310081053APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2' TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 15/03/2018, Publicado no

DJE: 26/03/2018. Pág.: 189/200).

6. A redução pela tentativa deve se alinhar ao iter criminis percorrido. Quanto mais distante da consumação, maior o patamar de redução. No presente caso, significativamente percorrido o iter criminis. Chegou ao local, escalou, arrombou o cadeado do portão da parte superior do sobrado, desceu pela escada, quebrou a porta de vidro da cozinha e adentrou à residência. Restava retirar os bens pretendidos para que o furto se consumasse. Portanto, nada a reparar na redução da pena em 1/3 (um terço).

7. "Reincidente o réu e desfavorável uma circunstância judicial, deve o regime inicial de cumprimento da pena ser o fechado, em observância à súmula 269 do STJ." (Acórdão n.1090770, 20130111787907APR, Relator: JAIR SOARES, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 19/04/2018, Publicado no DJE: 24/04/2018. Pág.: 132/141).

8. Recurso conhecido e improvido.

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega a ocorrência de violação ao art. 158, do Código de Processo Penal.

Postula a exclusão da qualificadora de escalada ante a ausência de perícia. Subsidiariamente, caso deferido, requer a concessão do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, sob pena de violação ao art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial às fls. 269/272 afirmando que se encontra presente o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Agravo em recurso especial às fls. 275/280.

Contraminuta ao agravo em recurso especial à fl. 283.

Parecer ministerial pugnando pela manutenção da decisão agravada (e-STJ, fls. 299/304).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo eis que tempestivo e impugnou o fundamento da decisão recorrida.

Passo à análise do recurso especial.

Primeiramente, a parte recorrente postula a exclusão da qualificadora de escalada ante a ausência de perícia.

Quanto ao tema, o Tribunal de origem destacou (e-STJ, fl. 224):

A Defesa aponta que não há elementos nos autos que

comprovem que o apelante tenha necessitado escalar para adentrar a residência. Invoca ainda a necessidade de perícia técnica vez que não há provas, inclusive testemunhais, que reconheça este meio como o utilizado pelo apelante.

A Magistrada assim fundamentou na sentença:

"De igual forma, não há dúvida de que o acusado tentou praticar o crime mediante escalada ou destreza. Em seu interrogatório, o réu declarou que o imóvel era um sobrado e que ele ingressou naquela residência pelo andar superior. No entanto, não quis esclarecer como conseguiu realizar tal feito. A declaração do acusado, de que ingressou no imóvel pelo andar superior, aliada ao fato de ter sido encontrado dentre os objetos que ele portava um pedaço de corda (fl. 8), reforça a tese da acusação no sentido de que ele, de fato, escalou o imóvel para atingir o andar superior, tanto que os policiais quando chegaram ao local não conseguiram entrar naquele imóvel, tiveram que utilizar a casa vizinha para chegarem ao local onde o acusado se encontrava, demonstrando, assim, que o réu utilizou-se de maneira não usual para adentrar ao local." (fls. 117,v e 118).

Entendo de igual forma como colocado em sentença.

"Configura-se o furto mediante escalada quando o agente usa da própria agilidade ou de destreza e esforço incomum para ingressar no local do crime." [1]. No caso dos autos, a testemunha Ângela e os policiais militares informaram que se tratava de um sobrado e o cadeado que dá acesso à parte superior da residência estava quebrado. Por meio deste portão, o apelante ingressou pela casa, desceu as escadas e chegou até a cozinha, onde quebrou a porta de vidro. Somam-se a isto as ferramentas encontradas, utilizadas pelo apelante, relacionadas no auto de apresentação e apreensão de fl. 8.

E ainda, "O laudo pericial não constitui o único meio de prova hábil para comprovar a ocorrência da qualificadora da escalada, podendo ser provada por meio de outros elementos nos autos, como através dos depoimentos da vítima e testemunhas policiais, tendo em vista que a escalada normalmente não deixa vestígios." [2] Assim, suficientemente comprovada a qualificadora da escalada.

Com efeito, "*nos casos em que a infração deixa vestígio, por imperativo legal (art. 158 do CPP), é necessária a realização do exame de corpo de delito direto ou indireto. Assim, no que tange à imprescindibilidade da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado por escalada, vale lembrar que a jurisprudência tem-se orientado pela possibilidade de substituição do laudo pericial por outros meios de prova quando o delito não deixa vestígios, estes tenham desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.*" (AgRg no AREsp 1318701/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA

TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018)

Assim, no caso concreto, torna-se imprescindível o afastamento da qualificadora referente à escalada diante da ausência de realização do laudo e a falta de justificativa ante a sua não realização, o que determino desde já.

Neste sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA TÉCNICA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.*
>
> *1. No julgamento do REsp n. 1.320.298/MG, a Sexta Turma desta Corte Superior examinou a possibilidade de, em razão das particularidades do caso concreto e em respeito ao sistema de livre apreciação da prova, reconhecer a incidência da qualificadora da escalada nos delitos de furto quando sua ocorrência for incontroversa nas provas colhidas nos autos, a despeito da ausência de laudo pericial que a ateste. Na oportunidade - na qual fiquei vencido -, firmou-se o entendimento de que o exame pericial é imprescindível para a configuração da qualificadora da escalada (AgRg no REsp n. 1.551.741/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/3/2016). Precedente que se aplica à qualificadora pelo rompimento de obstáculos.*
>
> *2. Portanto, consolidou-se o entendimento de que, mesmo quando a ocorrência da qualificadora do rompimento de obstáculos for incontroversa nos autos, como afirma o Parquet, faz-se imprescindível prova técnica para configuração da qualificadora.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.*
>
> *(AgRg no AgRg no REsp 1739964/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 31/10/2018)*
>
> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento da qualificadora da escalada 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.*
>
> *2. No caso em análise, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, não apresentaram justificativas para a não*

realização da perícia. Dessa forma, ainda que existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a escalada, entende esta Corte pela não incidência da qualificadora, sob pena de violação do art. 158 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1553341/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015)

Passo à nova dosimetria.

Ao fixar a pena-base a instância primeva havia considerado a qualificadora da escalada para valorar negativamente as circunstâncias do crime.

Tendo em vista seu decote, fixo agora a pena-base em seu mínimo legal, qual seja, 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, mantenho a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, ficando a pena intermediária no patamar fixado anteriormente.

Na terceira fase, mantenho a causa de diminuição prevista no parágrafo único do art. 14, do Código Penal, aplicando a fração de 1/3 delimitada pelo Tribunal de origem, ficando a pena em 1 ano e 4 meses de reclusão e 6 dias-multa. No entanto, mantenho a causa de aumento prevista no § 1º, do art. 155, do Código Penal, majorando a pena em 1/3, ficando a pena definitiva fixada em 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 8 dias-multa.

Isto posto, insurge-se a parte recorrente quanto ao regime prisional fixado, tendo a decisão vergastada destacado (e-STJ, fl. 235):

Pelo exposto, adequado o regime fechado pela reincidência e pela valoração negativa das circunstâncias do crime (art. 33 e §§ do Código Penal), não havendo que se falar em possibilidade de aplicação dos beneficios a que se referem os artigos 44 e 77 do Código Penal.

Insta ressaltar que, a teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime prisional inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao total da pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

No caso concreto, embora a pena da parte recorrente tenha sido fixada em

patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a reincidência indica que o modo imediatamente mais gravoso de execução é o mais adequado, qual seja, o semiaberto (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator