

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.782.662 - MG (2018/0315542-1)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**  
**RECORRENTE : FRANCOIS ALBERTO MENDES**  
**ADVOGADOS : MIRIAN APARECIDA LEITE REIS - MG176477**  
**HENRIQUE VIANA PEREIRA - MG102606**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

## **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO. LEI N.º 11.719/2018. NOVO INTERROGATÓRIO. DESNECESSIDADE. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. LAUDO PERICIAL. NECESSIDADE. AUSÊNCIA. DECOTE DA QUALIFICADORA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

## **DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por FRANÇOIS ALBERTO MENDES, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n.º 1.0081.07.007586-6/001).

Consta nos autos que o Recorrente foi condenado como incurso no art. 155, § 4.º, incisos I e IV, do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Irresignada, a Defesa recorreu ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento à apelação defensiva para decotar a qualificadora do rompimento de obstáculo em relação a uma das vítimas, sem reflexos na pena final (fls. 985-1.027).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.058-1.063).

Nas razões do recurso especial, aponta-se ofensa ao art. 381 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que a sentença condenatória não examinou adequadamente *"tese relacionada ao cerceamento de defesa gerado por falta de intimação pessoal do réu FRANÇOIS para a audiência do dia 01/03/2010"* (fl. 1071).

Alega-se, ainda, negativa de vigência à Lei n.º 11.719/2018, aduzindo-se

# Superior Tribunal de Justiça

que deveria ter sido realizado novo interrogatório do Réu após essa norma entrar em vigor.

Sustenta-se, igualmente, contrariedade ao art. 155, § 4.º, do Código Penal, e aos arts. 155, 156 e 386, inciso V, do Código de Processo Penal, pleiteando-se a absolvição do Recorrente por ausência de provas para a condenação.

Do mesmo modo, aponta-se ofensa aos arts. 158 e 232 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que, quanto ao rompimento de obstáculo, "*por se tratar de qualificadora que deixa vestígios, é imprescindível a realização de perícia*" (fl. 1.085).

Por fim, alega-se ofensa ao art. 617 do Código de Processo Penal, sustentando-se que houve *reformatio in pejus*, pois o Recorrente foi condenado por apenas um crime na sentença condenatória, de modo que o afastamento da qualificadora em relação a uma das vítimas empreendido pelo Tribunal *a quo* deveria ter resultado na redução da pena.

Contrarrazões às fls. 273-286.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral José Elaeres Marques Teixeira, opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 1.176-1.182).

É o relatório. Decido.

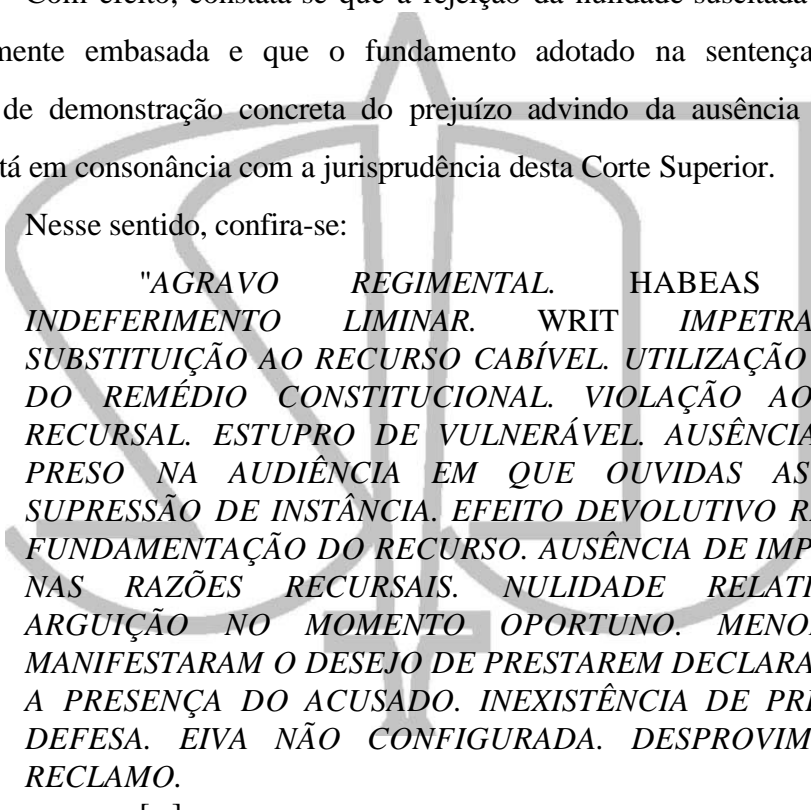
No tocante à alegada ofensa ao art. 381 do Código de Processo Penal, não se verifica a alegada omissão na sentença condenatória, pois o Magistrado singular examinou e rechaçou expressamente a tese de nulidade por cerceamento de defesa.

De fato, o Juízo sentenciante concluiu que não houve a demonstração de nenhum prejuízo apto a ensejar a declaração de nulidade da audiência impugnada pela Defesa, conforme se extrai dos seguintes fundamentos (fl. 848; sem grifos no original):

*"Nesse sentido, tenho que melhor sorte não assiste à defesa do acusado François Alberto Mendes no requerimento de novo interrogatório e na alegação de nulidade do feito, **vez que cerceado o direito de presença do acusado nas audiências de instrução.***

*Isto porque, a Lei nº. 11.719/08 foi publicada em 23 de junho de 2008, passando a vigorar 60 dias após essa data. O interrogatório do denunciado ocorreu em 28 de julho de 2008, quando ainda vigorava o art. 394 do CPP nos seguintes termos: '...O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante*

# Superior Tribunal de Justiça

ou do assistente...'.  


*O ato, pois, foi praticado nos exatos termos da lei processual vigente à época de sua realização. É, portanto, perfeito. Inteligência do art. 2º do referido diploma. Não há falar, assim, em repetição.*

*Ademais, **não se desincumbiu a i. defesa de demonstrar, efetivamente, qualquer prejuízo, quanto ao mencionado fato, bem como quanto a ausência do acusado nas audiências de instrução.***

*No sistema processual penal pátrio vige o princípio **pas de nullité sans grief**, segundo o qual nenhum ato será considerado nulo se da nulidade não resultar prejuízo (**art. 563 do CPP**)."*

Com efeito, constata-se que a rejeição da nulidade suscitada pela Defesa está devidamente embasada e que o fundamento adotado na sentença, acerca da necessidade de demonstração concreta do prejuízo advindo da ausência do Réu em audiência, está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Nesse sentido, confira-se:

**"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. WRIT IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA AUDIÊNCIA EM QUE OUVIDAS AS VÍTIMAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO À FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NAS RAZÕES RECURSAIS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. MENORES QUE MANIFESTARAM O DESEJO DE PRESTAREM DECLARAÇÕES SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS À DEFESA. EIVA NÃO CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.**

[...]

**5. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que, embora o réu tenha direito a participar da produção da prova oral, a sua ausência é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da arguição oportuna, bem como da demonstração do efetivo prejuízo por ele suportado.**

**6. Na espécie, além de a Defensoria Pública responsável pelo patrocínio do ora agravante não haver se insurgido contra o fato de ele não haver sido conduzido para o ato, as menores e seus representantes legais requereram que fossem ouvidas sem a presença do acusado, procedimento que encontra previsão no próprio Código de Processo Penal e afasta os prejuízos suportados pela sua defesa. Precedentes.**

**7. Agravo regimental desprovido."** (AgRg nos EDcl no HC 501.184/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019; sem grifos no original.)

# Superior Tribunal de Justiça

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DA VÍTIMA E OITIVA DE TESTEMUNHA. PRECLUSÃO. PRESENÇA DE ADVOGADO NO ATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A inércia atinente à não impugnação, nas alegações finais de nulidade quanto à instrução processual, resulta na preclusão, conforme art. 572, I, do CPP.

2. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos. (RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 446.556/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019; sem grifos no original.)

De outra parte, quanto à aplicação da Lei n.º 11.719/08, observa-se que a Corte estadual concluiu que não seria necessária a repetição do interrogatório do Acusado após a entrada em vigor desse diploma normativo, uma vez que esse ato processual já havia sido realizado regularmente sob a égide da lei processual anterior (fl. 1.003). Em verdade, a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem está em harmonia com o entendimento jurisprudencial consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. NULIDADE. ART. 400 DO CPP. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 11.719/2008. DESNECESSIDADE DE REPETIÇÃO DO ATO. ILEGALIDADE INOCORRENTE.

1. Já se consolidou nesse Sodalício o entendimento segundo o qual 'a Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP, porquanto lei processual penal, aplica-se desde logo, conforme os ditames do princípio *tempus regit actum*, sem prejudicar, contudo, a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, razão pela qual, já realizado o interrogatório do réu, não há obrigação de o ato ser renovado para cumprir as balizas da nova lei' (HC n. 164.420/SP,

# *Superior Tribunal de Justiça*

**Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/9/2014).**

[...]

4. Agravo improvido." (AgRg no AREsp 1.237.832/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018; sem grifos no original.)

**"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 171, § 3º, EM CONTINUIDADE DELITIVA, E 288, AMBOS DO CP. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DO ATO. NULIDADE NÃO CONSTATADA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. Para a declaração da nulidade no processo penal é preciso, antes de discutir o princípio do prejuízo, indicar a realização de ato em desconformidade com o modelo legal vigente.

2. Não há falar em falta de adequação do interrogatório ao tipo legal, pois, consoante a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, é válida a oitiva do réu como ato inaugural do processo se realizada antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, e a falta de sua renovação ao término da instrução processual não implica nulidade do processo, porquanto houve o cumprimento da legislação anterior, à luz da regra *tempus regit actum* (art. 2º do CPP).

[...]

5. Recurso ordinário não provido." (RHC 78.603/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017; sem grifos no original.)

No que tange à alegada ofensa ao art. 386, inciso V, c.c. os arts. 155 e 156, todos do Código de Processo Penal, constata-se que as instâncias ordinárias, após examinar detidamente as provas judiciais e extrajudiciais (fls. 1.010-1.020), concluíram haver comprovação da autoria do delito pelo Recorrente. Desse modo, a pretensão de se alcançar conclusão em sentido diverso exigiria amplo reexame fático-probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7/STJ.

Sobre o tema, confira-se:

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO POR FRAUDE E CONCURSO DE AGENTES. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. LEI N. 12.850/2013. SÚMULA 711/STF. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS NEGATIVAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. A Corte de origem, com base nas provas dos autos, condenou os agravantes pela prática dos delitos previstos no art. 155,

# Superior Tribunal de Justiça

§4º, incisos II e IV, do CP e no art. 2º da Lei nº 12.850/13. Ora, a revisão do referido entendimento, para a absolvição, implicaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial, diante do óbice constante da Súmula n. 7 do STJ.

[...]

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1.361.693/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe de 09/04/2019; sem grifos no original.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO E AMEAÇA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DELITO FORMAL.

1. Para que fosse possível a análise da pretensão recursal, no sentido de que não haveria provas suficientes para embasar a condenação da agravante, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula 7 desta Corte.

2. 'A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal' (Súmula 500/STJ).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.384.409/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017; sem grifos no original.)

Contudo, no tocante à aplicação do art. 158 do Código de Processo Penal, a Corte de origem decidiu que "*havendo outras provas que demonstrem a existência do rompimento de obstáculo, desnecessário o laudo pericial*" (fl. 1.024).

Todavia, a compreensão do acórdão recorrido está em confronto com a jurisprudência desta Corte Superior, que orienta no sentido de que "*a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito*" (HC 462.137/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019).

No mesmo sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DESTRUIÇÃO OU

# Superior Tribunal de Justiça

**ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. PERÍCIA. IMPRESCINDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA.**

1. 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. Precedentes.

2. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, o que não foi demonstrado no presente caso.

3. Ressalte-se que **é manifestamente ilegal o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo no furto, tão somente, pelas declarações das vítimas, confissão da ré e imagens fotográficas colacionada aos autos, quando o arrombamento deixa vestígios, sendo imprescindível para sua incidência, a confecção de laudo pericial (art. 158 e art. 167 do CPP) - HC n. 257.765/MS, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 28/6/2013.**

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.501.462/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 09/04/2015; sem grifos no original.)

No caso em apreço, a instância antecedente não indicou a realização do laudo pericial nem justificou as causas para a sua não realização, limitando-se a afirmar "*ser prescindível a realização do laudo pericial para a configuração da qualificadora do rompimento de obstáculo, quando os danos puderem ser comprovados por outros meios de prova*" (fl. 1.024). Desse modo, é necessário o decote da qualificadora.

Ante o exposto, passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, o Juízo de origem fixou a pena-base acima do mínimo legal, em razão da incidência de duas qualificadoras (fl. 855). Todavia, uma vez afastada a incidência de uma das qualificadoras (arrombamento), a pena deve ser reduzida ao patamar do mínimo legal: **2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa**, que se torna definitiva ante a ausência de atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição da pena.

Considerando o *quantum* da pena imposta, mantém-se o **regime inicial aberto** e a **substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para afastar a incidência da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo e redimensionar a pena imposta, nos termos desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora

