

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.837.280 - MG (2019/0271136-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : GUILHERME HENRIQUE COSTA SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por GUILHERME HENRIQUE COSTA SOUZA, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negou provimento à apelação da defesa e manteve sua condenação às penas de 2 (dois) anos de reclusão e de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 155, §4º, inciso II, do CP.

Daí o presente recurso especial, em que aponta negativa de vigência ao art. 171 do Código de Processo Penal.

Sustenta a imprescindibilidade da realização de perícia direta no local do furto para caracterização da qualificadora de escalada.

Alega não ter havido a citada perícia, não tendo sido apresentada, outrossim, justificativa para a não realização dessa, razão pela qual não há comprovação material da qualificadora.

Requer, ao final, o provimento do recurso especial para que seja afastada a qualificadora de escalada.

Contrarrazoada a insurgência, após o juízo prévio de admissibilidade, os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, opinou pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 324-329).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca dos temas trazidos à discussão no recurso especial, assim se manifestou o Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 284-286 – destaques acrescidos):

[...] Consta que, o denunciado empreendia fuga pelo Bairro Salgado Filho, momento em que pulou o muro, alcançou o telhado da residência da ofendida e adentrou ao imóvel, quanto então subtraiu o aparelho celular.

Ato contínuo, o denunciado empreendeu fuga pelos telhados de diversas residências, momento em que a vítima o avistou sobre o telhado de um galinheiro, tendo gritado para que ele saísse do local.

Em seguida, a ofendida sentiu falta do seu celular e, ao acionar a polícia militar, tomou o conhecimento de que havia sido apreendido em poder do denunciado.

Conforme relatado, foi o réu condenado como incurso nas sanções do art. 155, §4º, inciso II, do Código Penal, o que motivou o presente recurso.

A materialidade e autoria do delito não foram contestadas, pleiteando a defesa tão somente o decote da qualificadora da escalada.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Inicialmente, ressalto que, ao contrário da qualificadora do rompimento de obstáculo, entendo que a comprovação da qualificadora de escalada não se limita à prova técnica, podendo ser

Superior Tribunal de Justiça

demonstrada por outros meios de prova que não o exclusivamente pericial.

[...] No presente caso, muito embora não tenha sido realizado exame pericial, a prova oral colhida é mais do que suficiente para atestar a procedência da mencionada qualificadora, até porque o próprio acusado confessou a autoria delitiva e que, para acessar ao imóvel da vítima, pulou um muro "bem alto", conforme verifica do seu interrogatório colhido por meio do sistema audiovisual de f. 146.

[...] Portanto, comprovado o emprego de esforço incomum para ingressar no local do furto, vez que o réu, efetivamente, pulou o muro do imóvel, valendo-se de vias anormais de acesso, imperiosa a manutenção da qualificadora da escalada.

Sabe-se que o art. 158 do Código de Processo Penal estabelece que, *"quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".*

Por outro lado, o art. 167 do mesmo diploma legal preceitua que, *"não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".*

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, extrai-se que a perícia somente é essencial para comprovar a materialidade delitiva quando o crime deixa vestígios, admitindo-se a prova testemunhal quando estes não estiverem mais presentes.

Sobre o assunto, esta é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

***Alternativa do exame de corpo de delito:** especificou o art. 158 antecedente que, nas infrações que deixarem vestígios materiais, será indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto. Assim, é preciso que os peritos façam a análise da causa mortis ou dos rastros deixados pelo delito, podendo ser lesões corporais, sinais de arrombamento, causas de um incêndio, entre outros fatores, conforme a natureza do crime. Entretanto, pode ser que os vestígios tenham desaparecido, o que, geralmente, ocorre quando o delinqüente faz o possível para ocultar sua ação. Nessas situações, quando o cadáver é perdido por qualquer causa, ou é destruído pelo agente, quando as lesões leves, uma vez curadas, desaparecem, quando a vítima troca a porta arrombada, desfazendo-se de vez da anterior, enfim, inexistindo possibilidade dos peritos terem acesso, ainda que indireto ao objeto a ser analisado, pode-se suprir o exame de corpo de delito por testemunhas. As pessoas podem narrar ao juiz o que viram, v.g., o momento em que o agente desferiu tiros na vítima e esta caiu de um despenhadeiro, desaparecendo nas águas do oceano. Baseado nisso, forma-se a materialidade do homicídio, permitindo, então, a punição do réu. (...) Acrescente-se, ainda, não ser válida a formação de corpo de delito indireto (por testemunhas), quando a responsabilidade pelo sumiço dos rastros deve-se, exclusivamente, à desídia (ou outra causa similar) dos agentes do Estado. Portanto, se o objeto da análise pericial deixou de existir porque não houve efetivação da perícia a tempo, em virtude de descaso estatal, a prova testemunhal é imprestável." (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 381/382).*

Superior Tribunal de Justiça

No que se refere especificamente ao crime de furto por meio de escalada, cumpre trazer à baila a redação do art. 171 da Lei Penal Adjetiva:

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

Verifica-se, assim, que a aludida norma processual penal confirma a necessidade de realização de perícia para a comprovação da qualificadora de escalada, que somente pode ser substituída por outras provas quando os vestígios desaparecerem ou quando o exame técnico não for passível de implementação.

A propósito, Guilherme de Souza Nucci explica: "*O mesmo se diga do furto cometido mediante escalada, ainda que, nesta hipótese, os rastros do crime possam ter desaparecido ou nem ter existido. Tal ocorrência não afasta, em nosso entender, a realização da perícia, pois o lugar continua sendo propício para a verificação*" (Código de Processo Penal Comentado. 16ª ed., Ed. Forense, p. 469).

Nesse norte (grifos acrescidos):

HABEAS CORPUS. ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, E ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, C.C. O ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FURTO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. OUTROS MEIOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CONSIDERADO O ITER CRIMINIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. INVERSÃO DO JULGADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO WRIT. AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. REGIME FECHADO. CABIMENTO. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É imprescindível, para a constatação da qualificadora referente à escalada no crime de furto, a realização do exame de corpo de delito, o qual pode ser suprido pela prova testemunhal ou outro meio indireto somente 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.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes, na primeira fase, bem como para agravar a pena, na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as anotações sejam de fatos diversos, como no caso.

Superior Tribunal de Justiça

3. As reduções das penas privativas de liberdade em razão das tentativas foram aplicadas com base no iter criminis percorrido pelo Agente, não se mostrando inidôneo tal proceder.

4. A inversão do julgado, de forma a verificar se deve ser aplicada a fração máxima do redutor pela tentativa, implicaria profunda análise do arcabouço fático-probatório, o que é defeso na via estreita do habeas corpus.

5. A causa de aumento de pena prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, relativa à prática de furto durante o repouso noturno, é aplicável na qualificada do delito, bem como independe se o local está habitado.

6. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em menos de 4 (quatro) anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, o que levou à fixação da pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, encontra-se justificado o estabelecimento do regime prisional fechado, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

7. É possível a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de origem quando esgotada a jurisdição ordinária.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão recorrido, afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, restabelecendo-se a sentença.

(HC 456.927/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 28/03/2019)

Depreende-se dos autos não ter havido a citada perícia e não constar da sentença justificativa para a sua não realização, razão pela qual impõe-se o afastamento da qualificadora.

Nesse diapasão:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. QUALIFICADORA DA ESCALADA AFASTADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. PENA INALTERADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REPRIMENDA REDUZIDA AO PISO LEGAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. MULTIRREINCIDÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO E 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. No que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do

Superior Tribunal de Justiça

habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Quanto à escalada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal exige exame pericial, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito, o que não restou explicitado nos autos.

[...]

11. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para afastar a incidência da qualificadora da escalada, sem alteração do quantum de reprimenda, e reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e, portanto, reduzir a reprimenda imposta ao réu a 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 508.935/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 2.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, "[t]ratando-se de crime não transeunte, a realização da prova pericial é imprescindível, somente podendo ser substituída por prova testemunhal, nos termos de entendimento pacífico desta Corte, se os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar tenha se tornado impróprio para o trabalho dos peritos" (AgRg no REsp 1.314.389/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 23/04/2013).

2. A teor do § 1.º do art. 159 do CPP, "[n]a falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame", não havendo, na lei, nenhuma restrição a que sejam policiais, desde que atendidos os requisitos legais.

Precedente do STJ.

3. No caso, não tendo sido realizada perícia no local e não havendo o Tribunal a quo consignado eventual impossibilidade da sua realização, impõe-se o afastamento da qualificadora relativa à escalada, descrita no inciso II do § 4.º do art. 155 do Código Penal. Precedentes do STJ.

4. Ordem de habeas corpus concedida para, reformando o acórdão recorrido, afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, fixando a pena total do Paciente em 12 (doze) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e ao pagamento de 123 (cento e vinte três) dias-multa.

(HC 471.760/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se provimento ao recurso especial** para

Superior Tribunal de Justiça

afastar a qualificadora de escalada, devendo o juízo de origem redimensionar a pena.
Publique-se. Intime-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator

