

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.838.604 - RS (2019/0278548-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : GILMAR DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por GILMAR DA SILVA, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa, na parte que interessa, é a seguinte (e-STJ fl. 220/221):

APELAÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA SUFICIENTE. 1.VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEFENSOR PÚBLICO NATURAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. [...]

3.QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INAFASTABILIDADE. Na esteira de precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, a realização de perícia técnica não constitui o único meio probatório hábil para a demonstração da materialidade do rompimento de obstáculo realizado quando da prática do crime de furto, podendo esta ser suprida por outros meios de prova capazes de informar o convencimento do julgador. Presença da qualificadora demonstrada pela uníssona prova oral coligida ao feito, que confirmou o arrombamento de duas portas que guarneciam o local. [...]

Apelo improvido.

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação do artigo 155, §4º, inciso I, do CP e dos artigos 158 e 167 do CPP. Sustenta o afastamento da qualificadora de rompimento de obstáculo, em razão da ausência de perícia.

Superior Tribunal de Justiça

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 255/258), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 260/265), manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 279/280).

É o relatório. **Decido.**

O recurso merece acolhida.

O Tribunal de origem reconheceu a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo, nos seguintes termos (e-STJ fls. 229):

[...]

Do pleito de afastamento da qualificadora

Não merece prosperar a pretensão defensiva de afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo.

Entendo que perfeitamente provada tal qualificadora pela prova oral colhida em juízo, já que para a constatação do furto qualificado mediante rompimento de obstáculo sequer é necessária a realização de perícia, sendo suficiente a existência de auto de constatação, corroborado pela prova testemunhai, como no caso dos autos, considerando que o rompimento é de fácil averiguação.

In casu, a testemunha Favorino Carlos da Silva Garcia confirmou que o acusado arrobou a fechadura da porta de acesso e arrebentou o cadeado da outra porta que guarnecia o local.

Qualificadora mantida, portanto.

[...]

Contudo, no que tange à imprescindibilidade da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado por rompimento de obstáculo, 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

Superior Tribunal de Justiça

não ocorreu, a prova testemunhal não supre a sua ausência.

Nessa linha, os seguintes julgados:

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

Superior Tribunal de Justiça

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 ao rompimento do obstáculo, tendo em vista a ausência de laudo pericial.

Passo a refazer a dosimetria da pena para o crime de furto, mantidos os demais critérios estabelecidos na origem.

Na primeira fase, afastada a qualificadora referente ao rompimento do obstáculo, fixo a pena-base em 1 ano de reclusão. Na segunda fase, incidindo a agravante da reincidência, a pena deve ser aumentada em 1/6, ficando em 1 ano e 2 meses de reclusão, que torno definitiva, por não haver causas de aumento e/ou de diminuição.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, redimensionando a pena do envolvido para 1 ano e 2 meses de reclusão. mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

