

RECURSO ESPECIAL Nº 1.840.179 - MG (2019/0288287-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : RAFAEL AMÉRICO SOARES DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por RAFAEL AMÉRICO SOARES DA SILVA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 215):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 155, §4º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO REPOUSO NOTURNO - CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 155, §1º, DO CÓDIGO PENAL - APLICAÇÃO - ESCALADA - PROVA PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE - COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS - MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CONFIGURADOS - AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM - SIMPLES COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INVIABILIDADE. A incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 155, §1º, do Código Penal, independe do local da prática do delito, bastando que esta ocorra durante o período de repouso noturno, horário de reduzida vigilância sobre o patrimônio tanto pela vítima quanto eventualmente por terceiros. (Precedentes do STJ). Para a configuração da qualificadora da escalada, facilmente aferível sem que se requeira maiores qualificações técnicas, não se faz indispensável a realização de prova pericial, a qual pode ser suprida por outros meios de prova, inclusive a testemunhal. Existindo contra o réu mais de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado por fatos anteriores, uma das condenações pode ser valorada na fixação da pena-base, a título de maus antecedentes, e a outra na segunda fase, a título de reincidência, sem que isso configure bis in idem. É inviável a simples compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, especialmente quando a confissão não trouxe contribuição para a elucidação dos fatos e o agente é multireincidente.

V.v.: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - DECOTE DA QUALIFICADORA DA ESCALADA - NECESSIDADE. Por deixar vestígios, para a incidência da qualificadora prevista no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal é necessária a comprovação do rompimento de obstáculo por laudo pericial. A prova testemunhal só poderá suprir a ausência do exame de corpo de delito quando os vestígios tiverem desaparecido, sob

Superior Tribunal de Justiça

pena de violação ao artigo 167 do Código de Processo Penal.

Opostos embargos infringentes, esses foram assim ementados (e-STJ fls. 291):

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO QUALIFICADO - PERÍODO NOTURNO (ART. 155, §1º, e §4º, II, DO CPB) - QUALIFICADORA DE ESCALADA - AFASTAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.

-Para a aplicação da qualificadora da escalada, cumpre destacar que, na esteira de precedentes desta Corte, a realização de perícia técnica não constitui o único meio probatório hábil para a demonstração da sua materialidade, podendo esta ser suprida por outros meios de prova capazes de informar o convencimento do Julgador.

V.V. EMBARGOS INFRINGENTES - RESGATE DO VOTO MINORITÁRIO - FURTO QUALIFICADO - DECOTE DA QUALIFICADORA DA ESCALADA - NECESSIDADE. Por deixar vestígios, para a incidência da qualificadora prevista no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal é necessária a comprovação do rompimento de obstáculo por laudo pericial. A prova testemunhal só poderá suprir a ausência do exame de corpo de delito quando os vestígios tiverem desaparecido, sob pena de violação ao artigo 167 do Código de Processo Penal.

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação do artigo 155, § 4º, inciso II, do CP e dos artigos 158 e 167 do CPP. Sustenta: (i) o afastamento da qualificadora da escalada, em razão da ausência de perícia; (ii) a possibilidade da compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 325/328), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 330/333), manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo parcial provimento do recurso especial para afastar a qualificadora da escalada (e-STJ fls. 345/348).

É o relatório. **Decido.**

O recurso merece parcial acolhida.

O Tribunal de origem reconheceu a incidência da qualificadora da escalada, nos seguintes termos (e-STJ fls. 224):

Superior Tribunal de Justiça

[...]

Assim, em casos como o ora posto, tenho por viável a flexibilização do disposto no art. 158 do Código de Processo Penal, não devendo ser demandado maior empenho dos recursos estatais, já tão escassos, pois devidamente demonstrada a ocorrência da qualificadora.

Portanto, embora não tenha sido juntado o laudo pericial ao feito, atento as provas produzidas, neste aspecto, dou provimento ao recurso ministerial e reconheço a qualificadora da escalada, prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

[...]

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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

Em relação à compensação integral da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, o recurso não merece acolhida.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C, c/c o § 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que *é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência*. Abaixo, ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido. (REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

No presente caso, a Corte de origem utilizou duas condenações transitadas em julgados como maus antecedentes e duas outras para a configuração da reincidência (e-STJ fls. 130).

Assim, sendo o acusado multirreincidente, deve prevalecer a agravante da reincidência em relação à atenuante da confissão.

Nesse sentido, os seguintes precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte: REsp n. 1777169/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 23/5/2019; HC n. 483.780/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe 6/5/2019; HC n. 488.050/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 6/5/2019; HC n. 490.005/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em

Superior Tribunal de Justiça

26/2/2019, DJe 1º/3/2019; AgRg no HC n. 464.632/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018; AgRg no HC n. 445.295/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe 22/8/2018.

Dessa forma, em consonância com o entendimento acima, tratando-se de réu multirreincidente (2 condenações transitadas em julgado), deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal sobre a confissão.

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 a escalada, fixo a pena-base em 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, em razão dos maus antecedentes. Na segunda fase, sendo o réu multirreincidente (2 condenações transitadas em julgado), há a preponderância desta sobre a atenuante da confissão, devendo ser a pena majorada em 1/6, resultando em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão e 12 dias-multa. Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena do repouso noturno, aumento a pena em 1/3 (um terço), concretizando-a em 1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

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 parcial** ao recurso especial, para afastar a qualificadora da escalada, redimensionando a pena do envolvido para 1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

