

RECURSO ESPECIAL Nº 1.844.066 - MG (2019/0314648-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **MARCO AURELIO SILVEIRA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCO AURÉLIO SILVEIRA, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 205):

*EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - DECOTE DA QUALIFICADORA - IMPOSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL - RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR - NECESSIDADE - REDUÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - INVIABILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. **Impossível o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, quando os elementos constantes dos autos demonstram, com segurança, que a subtração da res furtiva ocorreu mediante a transposição de obstáculo (quebra de cadeado), sendo prescindível o laudo pericial. Deve ser reconhecida a minorante do arrependimento posterior quando o crime for praticado sem violência ou grave ameaça e a coisa for restituída à vítima antes do recebimento da denúncia e por ato voluntário do agente. A circunstância judicial do comportamento da vítima não pode ser valorada negativamente para elevar a pena-base quando o ofendido em nada contribuir para o crime. Deve ser mantido o regime inicial fechado ao réu reincidente condenado à pena inferior a 04 anos que possuir maus antecedentes. Inaplicabilidade do art. 33, § 2º, c, do CP e da Súmula 269 do STJ. A reincidência e os maus antecedentes obstam a substituição e a suspensão da pena privativa de liberdade. A isenção do pagamento das custas***

Superior Tribunal de Justiça

processuais deve ser examinada no Juízo da Execução Penal. V.V. Se o delito deixar vestígios, para a incidência da qualificadora prevista no art 155, § 4º, I, do CP 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 art. 167 do CPP. - grifei

Opostos embargos infringentes pela defesa (e-STJ fls. 222/229), estes foram rejeitados pela Corte local, consoante acórdão assim ementado (e-STJ fls. 239/248):

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - FURTO QUALIFICADO - DECOTE DA QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - PROVA PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE - ADEQUADA COMPROVAÇÃO PELA PROVA TESTEMUNHAL. - À configuração da qualificadora do rompimento de obstáculo, não se faz indispensável a realização de prova pericial, a qual pode ser suprida por outros meios, como a prova testemunhal. V.V.: **EMBARGOS INFRINGENTES - RESGATE DO VOTO MINORITÁRIO - FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - DECOTE DA QUALIFICADORA - POSSIBILIDADE.** Se o delito deixar vestígios, para a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP 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 art 167 do CPP.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 252/255), alega a parte recorrente violação do artigo 158 do Código de Processo Penal.

Sustenta, em síntese, o afastamento da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo, ante a ausência de laudo pericial para a sua aferição. Alega a imprescindibilidade do referido laudo, tendo em vista se tratar de delito que deixa vestígios. Assevera que *houve uma falha na apuração na do delito que não pode ser suprida pelo depoimento de testemunhas, por ofensa ao princípio do devido processo legal* (e-STJ fl. 253).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 264/266), o Tribunal a

Superior Tribunal de Justiça

quo admitiu o recurso especial defensivo (e-STJ fls. 268/270).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo provimento do recurso, nos termos do parecer assim ementado (e-STJ fl. 284):

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL. AUSÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STJ. PROVIMENTO.

1. *E imprescindível a realização de exame pericial para a comprovação da qualificadora do furto pelo rompimento de obstáculo, podendo ser suprimido pela prova testemunhal apenas na hipótese em que os vestígios não puderem ser recolhidos, conforme dispõe os artigos 158 c/c o art. 167, ambos do Código de Processo Penal.*

2. *Parecer pelo provimento do recurso especial.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso merece acolhida.

O Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, por maioria, manteve a incidência da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo, prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do CP, tendo o Voto Condutor, no ponto, consignado o seguinte (e-STJ fls. 215/217):

[...]

Não obstante o judicioso voto proferido pelo i. Desembargador Relator peço vênica para dele divergir quanto à incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo.

Com relação ao rompimento de obstáculo, ressalto meu entendimento de que, em que pese não constar dos autos laudo pericial apto a comprovar o rompimento de obstáculo, tal circunstância não necessariamente afasta a incidência de referida qualificadora, se do conjunto probatório - como declarações da vítima e relatos das testemunhas - ressalta indícios aptos a comprová-la.

[...]

Em verdade, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 167, prevê, na hipótese de haverem desaparecido os vestígios, o

Superior Tribunal de Justiça

suprimento do exame pericial pela prova testemunhal.

Neste linear, após detido exame do feito, em que pese a ausência do laudo pericial, verifica-se do APFD de fls. 04 que a vítima, ALEXANDRE, proprietário da bicicleta furtada, na DEPOL, afirmou que "que deixou sua bicicleta presa por um cabo de aço em uma árvore na Av. Getúlio Vargas, e, ao retornar, por volta das 14:00 hs, viu que o caso de ação havia sido rompido e que a bicicleta não se encontrava mais no local". Da mesma forma no BO de fls. 16-18, constou relatado pelos policiais que a bicicleta que estava "acorrentada ao poste no passeio, foi furtada por meio do corte da corrente". Além disso o próprio réu, confessa em juízo, que a bicicleta estava trancada, áudio de fls. 107.

Portanto, em que pese não haver nos autos laudo pericial, considerando o relato dos policiais, o depoimento da vítima e ainda as declarações do acusado, ao meu aviso, há vestígios suficientes a sustentar a incidência da qualificadora, restando, caracterizado o rompimento do obstáculo por parte do réu.

[...].

Não obstante, no que tange à imprescindibilidade da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado pelo 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 (i) o delito não deixar vestígios, (ii) os vestígios deixados houverem desaparecido ou, ainda, (iii) 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 e o exame indireto não suprem a sua ausência.

Nessa linha, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O reconhecimento da qualificadora de rompimento de

obstáculo exige a realização de exame pericial, o qual somente pode ser substituído por outros meios probatórios quando inexistirem vestígios, o corpo de delito houver desaparecido ou as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

2. Ainda que a presença da circunstância qualificadora esteja em consonância com a prova testemunhal colhida nos autos, mostra-se imprescindível a realização de exame de corpo de delito, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1814051/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 7/11/2019, DJe 19/11/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. BENS RESTITUÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. QUALIFICADORA DA ESCALADA. PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA NÃO JUSTIFICADA. I INCIDÊNCIA AFASTADA. DOSIMETRIA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. Tendo a qualificadora sido reconhecida com base em prova testemunhal e no fato de o réu ter sido surpreendido no telhado da agência bancária, deve ser afastada a escalada e reconhecida a prática de furto simples, pois, além de não ter sido demonstrada a impossibilidade de realização da perícia técnica, tais provas não suprem a necessidade de sua efetivação.

8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente, fixando-a em 6 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 3 dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória. (HC 456.480/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/9/2018, DJe 26/9/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE FURTO

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

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.

Superior Tribunal de Justiça

AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCENTE 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).

Colhe-se dos presentes autos que, na espécie, [...] a autoridade policial não requereu a realização da perícia. Logo, a omissão da autoridade policial em determinar a realização do exame de corpo de delito não pode ser suprida pela prova testemunhal, sob pena de afronta à determinação expressa de lei – artigos 158 e 167 do CPP (e-STJ fl. 210).

Na hipótese dos autos, não foi apresentada qualquer justificativa

Superior Tribunal de Justiça

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

Restando configurando o delito do art. 155, *caput*, do CP, passo a refazer a dosimetria da pena do acusado, mantidos os demais termos da condenação.

Na primeira fase, mantida a valoração negativa dos antecedentes, tendo em vista a multiplicidade das condenações transitadas em julgado – 3 (três) condenações definitivas, tendo 2 (duas) delas sido consideradas para atribuir desvalor à referida circunstância judicial (e-STJ fl. 213) –, e mantido o patamar de exasperação aplicado pelas instâncias ordinárias (e-STJ fl. 217), fixo a pena-base em 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, mantida a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, fica a pena provisória tal como fixada no patamar anterior.

No terceiro estágio dosimétrico, ausentes causas de aumento de pena e mantida a causa de diminuição prevista no art. 16, do CP (arrependimento posterior), reduzo a pena em 1/3 (um terço), **ficando a pena definitiva em 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 6 (seis) dias-multa.**

No que tange ao regime, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

No presente caso, verifica-se que o envolvido, além de reincidente – o que atrairia a aplicação da Súmula n. 269/STJ e a fixação do regime inicial semiaberto –, possui maus antecedentes, tanto assim que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, o que afasta o referido enunciado sumular, representando fundamentação idônea para a fixação do regime prisional fechado e

Superior Tribunal de Justiça

a impossibilidade da substituição da pena.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para afastar a qualificadora do art. 155, § 4º, inciso I, do CP, redimensionando as penas do acusado para **8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 6 (seis) dias-multa**, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

