

RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.180 - MG (2019/0301386-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **GILBERTO COSTA BASTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por GILBERTO COSTA BASTOS, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta nos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 155 do CP, à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 16 dias-multa. Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação requerendo a condenação do recorrente nos termos da denúncia, ou seja, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, I, do CP. O Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial para reconhecer a qualificadora do rompimento de obstáculo ao crime de furto. A propósito, confira-se a ementa (e-STJ fl. 274):

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - DEPOIMENTO DA VÍTIMA E CONFISSÃO DO RÉU ALIADA A OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - QUALIFICADORA RECONHECIDA. 01. No processo penal moderno, orientado pela busca da verdade material, todas as provas devem ser igualmente consideradas, não existindo, entre elas, hierarquia, razão pela qual havendo provas idôneas a demonstrar a ocorrência de uma qualificadora, a exigência indeclinável do laudo pericial para seu reconhecimento desvirtuaria os fins do processo. 02. Assim, existindo nos autos provas colhidas, sob o crivo do contraditório, confirmando haver o agente rompido obstáculo para obter êxito na subtração da coisa, mister o reconhecimento dessa qualificadora.

Opostos embargos de declaração pela defesa, estes foram rejeitados pelo Tribunal de origem, conforme a ementa transcrita a seguir (e-STJ fl. 294):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA. Os embargos declaratórios prestam-se a sanar omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade de que padeça a decisão judicial, não se prestando à rediscussão de matéria definida no acórdão.

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação dos artigos 158, 167 e 171, todos do Código de Processo Penal, sustentando ser indispensável o afastamento da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo, ante a ausência de laudo pericial para aferição do arrombamento.

Alega a imprescindibilidade do referido laudo, tendo em vista se tratar de delito que deixa vestígios, não sendo o caso de dispensa do documento.

Aponta que "é possível concluir, pois, que nos delitos de furto, as qualificadoras de rompimento de obstáculo e de escalada só poderão ser aplicadas mediante comprovação por laudo pericial e, inexistindo tal prova, a providência é o afastamento das qualificadoras, e revisão da pena de acordo com o estabelecido no art. 155, *caput*, do Código Penal"(e-STJ fl. 310).

Requer o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo do furto e, em consequência, o redimensionamento da pena.

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 317/320), e admitido (e-STJ fls. 322/325), o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 337):

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, III, "A" DA CF/88. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 155, § 4º, INCISO I DO CP. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. COMPROVAÇÃO DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO PELA PROVA TESTEMUNHAL E DEMAIS PROVAS QUE LASTREAM A EXISTÊNCIA DA QUALIFICADORA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

Parecer pelo não conhecimento do recurso especial e, caso conhecido, pelo seu desprovimento.

É o relatório. **Decido.**

O recurso merece acolhida.

No que concerne à possibilidade de a prova técnica ser suprida por outros meios de prova para o reconhecimento do furto qualificado por rompimento de obstáculo, o Tribunal de origem se manifestou da seguinte forma (e-STJ fls. 276/280):

(...)

Pretende o Parquet, com apelo, o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ao argumento de que sua comprovação prescinde da juntada de laudo pericial.

Razão assiste ao recorrente.

Com efeito, ao contrário do entendimento do magistrado a quo, penso que a qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração coisa restou positivada na prova coligida para os autos.

In casu, o laudo pericial de constatação do arrombamento não aportou aos autos.

Assim, não há como invocar o disposto no art. 167 do digesto processual, de sorte que não existem provas de que os vestígios da aludida qualificadora desapareceram.

Todavia, há, nos autos, outras provas idôneas a demonstrar a caracterização do rompimento de obstáculo narrado na denúncia. Vejamos:

Inquirido perante a autoridade policial, quando ainda crepitantes os fatos, o recorrido admitiu haver arrombado a porta do imóvel, utilizando-se de um alicate de pressão e uma chave de fenda:

"[...] É o autor do furto noticiado pelo REDS 2017-030516614-001, tendo subtraído do escritório das vítimas Karliny Cristina Nascimento e Lorena Souza Azevedo 02 (dois) notebooks, sendo que um estava sem bateria e ambos sem o carregador; QUE, o delito ocorreu às 13h e o declarante aproveitou que não havia ninguém no escritório para praticá-lo; QUE, verificando que a porta da parte de baixo estava aberta, entrou, mas percebeu que a de cima estava fechada, a qual foi arrombada com um alicate de

pressão e uma chave de fenda que o declarante portava ; QUE, as ferramentas foram apreendidas pelos Investigadores de Policia alguns dias após o fato em tela; que, como não havia ninguém no local, o declarante pegou os dois notebooks que estavam em cima da mesa que havia ali e os colocou em uma caixa que ele havia arrumado, tendo, logo, em seguida, evadido em direção ao Centro [...j." (fl. 09)

Do mesmo modo, em sede embrionária, a testemunha Lorena confirmou haver ocorrido o arrombamento, eis suas declarações:

"[...] Trabalha no escritório de advocacia 'AK advocacia', localizado nas proximidades da avenida JK, nesta cidade; QUE, exerce a função de estagiária no referido escritório; QUE, no dia 17 de outubro de 2017 (terça-feira) por volta das 13hs00min logo ao chegar no escritório, percebeu que a porta principal de entrada do escritório estava sem o miolo da fechadura e ao adentrar no interior do escritório, percebeu que dois notebooks foram subtraídos [...j" (fl. 10) Sob o crivo do contraditório, mídia audiovisual acostada em fl. 158, a testemunha Lorena confirmou as declarações acima transcritas. Relatou, também, não haver observado se a primeira porta do estabelecimento estava arrombada, mas, confirmou haver identificado o arrombamento da segunda porta.

Em juízo, mídia audiovisual acostada em fl. 158, as vítimas Karliny e Alexa confirmaram haver o réu arrombado duas portas para adentrar no imóvel e subtrair a res. Karliny esclareceu, ademais, haver o acusado agido mediante destreza.

Assim, considerando existirem, nos autos, outras provas idôneas a demonstrar a caracterização da aludida qualificadora, como a confissão judicial do acusado, os depoimentos das vítimas e da testemunha, tenho que a qualificadora do arrombamento restou, cristalinamente, posta nos autos, razão pela qual a reconheço.

(...)

Com efeito, tal posicionamento do Tribunal *a quo* se encontra em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, firmada no sentido de que, por expressa disposição legal, é imprescindível a prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado pelo rompimento de

obstáculo/arrombamento, sendo possível a substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas quando o delito não deixar vestígios, estes tenham desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

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 04/09/2018, DJe 14/09/2018).

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 1708616/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018).

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 01/12/2017).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. ESCALADA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. FURTO SIMPLES TENTADO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No julgamento do REsp n. 1.320.298/MG, a Sexta Turma desta Corte Superior examinou a possibilidade de, em razão das particularidades do caso concreto e em respeito ao sistema de livre apreciação da prova, reconhecer a incidência da qualificadora da escalada nos delitos de furto quando sua ocorrência for incontroversa nas provas colhidas nos autos, a despeito da ausência de laudo pericial que a ateste. Na oportunidade - na qual fiquei vencido -, firmou-se o entendimento de que o exame pericial é imprescindível para a configuração da qualificadora da escalada.

2. Em relação à qualificadora do rompimento de obstáculo, não é diferente a conclusão das duas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. A Corte de origem não reconheceu a incidência das qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada em razão da ausência do devido exame pericial para comprovar a sua configuração. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

4. Em relação ao pleito subsidiário - condenação por furto simples tentado -, para afastar a conclusão da instância antecedente, de inexistência de provas suficientes da materialidade delitiva, seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 644.717/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME

PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva de habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento das qualificadoras do rompimento do obstáculo e da escalada, 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, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, não apresentaram justificativas para a não realização da perícia.

4. Promovido o decote referente às qualificadoras do rompimento do obstáculo e da escalada, mas permanecendo o concurso de agentes, mantém-se a pena inalterada, porquanto ainda configurado o furto qualificado.

4. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para afastar as qualificadoras, sem efeito na alteração no quantum de pena aplicada ao paciente. (HC 332.152/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015).

Na hipótese dos autos, é possível extrair dos excertos acima transcritos que, não obstante o crime em comento tenha deixado vestígios, a prova técnica para a comprovação do alegado rompimento de obstáculo não foi realizada, nem foi justificada a ausência do laudo pericial, tendo apenas constado do relatório policial que "SALIENTO-VOS QUE A PERÍCIA FOI ACIONADA E O PERITO TALLES, DISSE QUE COMPARECERÁ NO LOCAL POSTERIORMENTE." (e-STJ fl. 132).

Ademais, conforme o juiz sentenciante declarou na sentença "a incidência da qualificadora do rompimento do obstáculo, a despeito da confissão do acusado perante a Autoridade Policial, tenho que a referida majorante não pode subsistir no caso dos autos. **É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e de escalada no delito de furto requisita a realização de exame pericial direto, somente substituível por outros meios de prova quando não existirem ou desaparecerem os vestígios ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. (...) No caso dos autos, não havia nenhum impedimento à realização do laudo pericial, contudo, o mesmo não foi elaborado, não tendo a acusação, por ocasião do oferecimento da denúncia ou ao longo da instrução criminal, requerido quaisquer diligências nesse sentido.** Não se mostra adequado, pois, converter o feito em diligência com o fito de solicitar a remessa do referido laudo pericial pela DEPOL, tendo em vista que o acusado se encontra preso cautelarmente, não podendo ser prejudicado por um excesso de prazo a que não deu causa. **Logo, se era possível a realização da perícia e esta não foi produzida e remetida ao Juízo no prazo legal, a prova testemunhal e mesmo a confissão do acusado não suprem a sua ausência**" (e-STJ 217/219).

Verificada, na espécie, a viabilidade material para realização da prova pericial, e, ainda assim, a sua não concretização, não fica configurada a excepcional possibilidade de a prova técnica ser suprida pelos demais elementos de provas carreados aos presentes autos, consistentes nos depoimento das vítimas, provas testemunhais e confissão do acusado. Desse modo, deve ser decotada a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do CP.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, parágrafo único, inciso III, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial** para, decotada a qualificadora do § 4º, inciso I, do art. 155, do CP, restabelecer os termos da sentença.

Superior Tribunal de Justiça

Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator