

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.907 - MS (2019/0337110-3)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
RECORRENTE : J DOS S B (PRESO)
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL**
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL**

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. CORRUPÇÃO DE MENOR. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. DOSIMETRIA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL DIRETO. DECOTE DA QUALIFICADORA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **J DOS S B**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que a parte recorrente foi condenada à pena **de 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 3 (tres) dias de reclusão**, em regime inicial **fechado, mais 40 (quarenta) dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 155, §4º, incisos I e IV, do Código Penal, e no art, 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. (fl. 291)

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo**, por maioria, deu parcial provimento ao apelo interposto pelo ora recorrente para reduzir a reprimenda em **5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa**, mantido o regime inicial **fechado**. Eis a ementa do julgado (fl. 290):

"APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO –

FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES – CORRUPÇÃO DE MENORES – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – ACOLHIDO – VALORAÇÃO INADEQUADA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

I – Não há falar em absolvição, por insuficiência de provas, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são consistentes no sentido de ensejar a manutenção da condenação.

II – Deve ser reduzida a pena-base quando a circunstância judicial “motivos do crime” for analisada de forma divorciada dos elementos concretos contidos no processo.

III – Incabível o afastamento da qualificadora do arrombamento de obstáculo, posto que comprovada pelos elementos de convicção coligidos durante a instrução processual.”

Apresentados embargos infringentes e de nulidade, pela combativa Defesa (fls. 338-358), estes foram desprovidos, consoante a seguinte ementa (fl. 378).

"EMENTA - EMBARGOS INFRINGENTES – FURTO QUALIFICADO - ARROMBAMENTO (ART. 155, § 4º, I) – PERÍCIA – DESNECESSIDADE – FARTOS ELEMENTOS DE PROVA – PERSUASÃO RACIONAL – ART. 155 DO CPP. RECURSO DESPROVIDO.

I - Segundo o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, consagrado pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, pelo qual o juiz é livre para valorar as provas de acordo com o seu convencimento motivado, desnecessária a perícia para demonstrar o arrombamento quando presentes fartos elementos de prova nesse sentido.

II – Com o parecer. Recurso desprovido.”

Nas razões do recurso especial (fls. 390/403), a Defesa sustenta a violação aos artigos 155, §4º, incisos I e II, do Código Penal, e 158 do Código de Processo Penal, uma vez que para a configuração das qualificadoras do delito de furto pelo rompimento de obstáculo e da escalada, quando deixar vestígios, é necessária a realização do exame pericial.

Nesse compasso, com fulcro o artigo 105, III, c, da Carta Maior,

busca o recorrente demonstrar a ocorrência de dissídio jurisprudencial acerca da interpretação dos artigos 155, §4º, incisos I e II, do Código Penal, e 158 do Código de Processo Penal, apontando os seguintes julgados desta e. Corte Superior de Justiça: AREsp 948.624/RS, HC 405.013/SP, HC 367.185/MG, HC 374.354/SC, AREsp 702036/MT, HC 333.244/SP, REsp 1.504.693/RS, HC 465.0009/SC e AREsp 1.400.146/MS.

Pretende, portanto, a reforma do v. acórdão recorrido para afastar a qualificadora, tendo em vista a ausência de comprovação do delito por meio do prova técnica.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 413/426), o recurso foi admitido na origem (fls. 428/432) e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desproimento** do recurso especial, conforme a seguinte ementa (fl. 422/444):

"RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 4º, INCISOS I E IV, CÓDIGO PENAL. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA QUE NÃO A PERÍCIA DIRETA. POSSIBILIDADE. DINÂMICA DELITIVA DEMONSTRADA.

1. A condenação réu baseou-se nos depoimentos das testemunhas que confirmaram a destruição e rompimento de obstáculo, bem como no laudo de constatação, realizado de forma inderita, como previsto no artigo 158 do Código de processo Penal.

2. Não pode o processo penal andar em descompasso com a realidade dos autos, desconsiderando-se os elementos de prova que demonstram a dinâmica delitiva e as circunstâncias do crime praticado.

3. Parecer pelo desproimento do recurso especial."

É o relatório.

Decido.

Compulsando a tese aventada na seara recursal, tenho que suas premissas **merecem prosperar, em parte.**

De início, não obstante tenha o presente recurso se embasado tanto

na premissa voltada à violação de Lei Federal, quanto ao dissídio jurisprudencial, deverá a insurgência ser viabilizada somente em relação à alínea **a** do inciso III do artigo 105 da CF/88, **a uma**, porque é pacífico na jurisprudência desta Corte de Justiça que não vale como paradigma acórdão exarado em sede de **habeas corpus**, e **a duas**, eis que para a dissídio jurisprudencial, não basta, simplesmente, a mera transcrição de ementas, devendo ser realizado o respectivo confronto analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas.

No ponto, colaciono o seguintes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME ABERTO JUSTIFICADO. PRIMARIEDADE DA AGENTE E PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PARADIGMA EM HABEAS CORPUS PARA COMPROVAR EVENTUAL DISSÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

4. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que não se admite como paradigma para comprovar eventual dissídio, acórdão proferido em habeas corpus, mandado de segurança, recurso ordinário em habeas corpus, recurso ordinário em mandado de segurança e conflito de competência.

5. Outrossim, na análise dos precedentes apontados pelo recorrente, tem-se que o AgRg no Habeas Corpus 279.204/RS não é contemporâneo ou superveniente aos mencionados na decisão combatida, porquanto foi publicado no DJe 28/11/2013. Quanto ao Habeas Corpus nº 484.799/SP, não se trata de hipótese semelhante, conforme afirma o Parquet, uma vez que, enquanto no caso dos autos foram apreendidos 125,5 gramas de maconha, no acórdão citado pelo agravante trata-se de 440,97 gramas, ou seja, quase meio quilo de cannabis sativa.

*6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1430251/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe. 09/04/2019)*

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REGISTRO DE ARMA DE FOGO EXPEDIDO POR ÓRGÃO ESTADUAL DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI N. 9.437/1997. REGISTRO VENCIDO. ATIPICIDADE. TESE NÃO APLICÁVEL AO CRIME DE

**PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AGRAVO REGIMENTAL
NÃO PROVIDO.**

1. No tocante à alegação de dissenso jurisprudencial, a pretensão recursal não reúne condições mínimas para a progressão da análise de mérito. Isso porque é inviável conhecer de recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional quando a parte recorrente não realiza o necessário cotejo analítico entre arestos em confronto, a fim de ficarem demonstradas a similitude fática e a adoção de teses divergentes, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas.

[...]

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1413440/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe. 20/05/2019).*

Lado outro, quanto ao fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, busca o recorrente, em síntese, a reforma do julgado para, acolhendo o voto vencido, afastar a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, ao argumento de que, para sua incidência, é imprescindível a realização da perícia técnica nas infrações que deixam vestígios.

Nesse particular, fundamentou o e. Tribunal de origem, em sede de embargos infringentes e de nulidade, **in verbis** (fls. 379/381, destaquei):

Para melhor apreciação da insurgência trazida, segue, no que importa, o voto dissidente: "Todavia, a sentença comporta reforma de ofício, a fim de excluir a qualificadora do art. 155, § 4º, I, do CP. Isso porque não foi realizada a perícia no local dos fatos para se comprovar o rompimento de obstáculo, limitando-se a Polícia Judiciária a elaborar o Auto de Exame de Local de Delito, subscrito por pessoa cuja formação acadêmica se desconhece, incorrendo-se, no caso, em flagrante ofensa ao disposto no artigo 159 e respectivo § 1º, do Código de Processo Penal, que dizem o seguinte: "Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º - Na 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.(...)"

De fato, nos autos não há laudo pericial.

No entanto, sem descurar da corrente jurisprudencial que entende de forma distinta, tenho que em situações como a dos autos, em que estão presentes diversos outros elementos de prova a demonstrar a ocorrência da referida circunstância, a perícia é desnecessária.

Como provas cabais do fato tem-se nos autos o interrogatório

extrajudicial do embargante (f. 16/18), as declarações do co-autor Jonathan Barros da Silva e o depoimento da testemunha Manoel Ávila da Silva, os quais confirmam o arrombamento, que consistiu na retirada da fechadura das portas que davam acesso ao interior da Associação Recreativa União (mídias de f. 218), além do exame do local do crime de f. 23.

Nesse cenário, a perícia é desnecessária por várias razões.

1ª - Em matéria de apreciação da prova prevalece em nosso direito o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, aplicável a todos os ritos processuais, exceto no do júri, e que vem consagrado no artigo 155 do Código de Processo Penal, no qual as provas não são valoradas previamente nem há hierarquia entre elas; o juiz é livre para valorar as provas de acordo com o seu livre convencimento, desde que o faça de forma amplamente fundamentada (Constituição Federal, artigo 93, IX), podendo acolher uma em detrimento de outra conforme recomendar o caso concreto.

Assim, não lhe pode ser imposto que reconheça a presença de tal qualificadora apenas com base em prova pericial, até porque, segundo o artigo 182, do Código de Processo Penal, o juiz não fica vinculado à conclusão da prova pericial, pois se assim fosse, ocorreria verdadeira substituição, pois seria o experto quem, em última análise, daria a palavra final sobre a questão em debate.

2ª - Frente aos elementos existentes nos autos, exigir perícia é abraçar o antigo e sepultado sistema de provas tarifadas no Processo Penal, aquele pelo qual a lei estabelece qual deve ser a prova a ser produzida, que se contrapunha ao vigente. É apegar-se excessivamente ao formalismo, desconsiderando outros meios de prova de igual valor quando, hodiernamente, busca-se novas formas de interpretar dispositivos legais vetustos, cuja observância indiscriminada tem levado ao extenso quadro de impunidade que se verifica no país.

3ª Nos termos do artigo 167, do Código de Processo Penal, “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. Ou seja, a própria Lei possibilita a substituição da perícia pela prova testemunhal. Nesse sentido:

[...]

Com efeito, não vejo como, no caso, afastar a qualificadora prevista no § 4º, I, do artigo 155, do CP.”

Ora, o entendimento do Colegiado **a quo** diverge da pacífica orientação consagrada neste eg. Tribunal no sentido de que o **exame de corpo de delito direto**, por expressa determinação legal, é **indispensável** nas infrações que deixam vestígios, **podendo, supletivamente, ser suprido** por outros meios probatórios **quando os vestígios tenham 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 e o exame indireto não suprem a sua ausência.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. APELO NOBRE INADMITIDO PELA INSTÂNCIA A QUO. DECISUM RATIFICADO MONOCRATICAMENTE (ART. 544, § 4.º, II, A, DO CPC/73). REGIMENTAL QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 182 DA SÚMULA DO STJ.

[...]

QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DA PROVA TÉCNICA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO.

[...]

3. Na espécie, as instâncias de origem não apresentaram fundamentos idôneos para justificar a ausência do exame pericial, limitando-se, para caracterizar a qualificadora, a admitir a prova testemunhal, a confissão e o fato de ter sido encontrado com os acusados, logo após a prática criminosa, uma chave de fenda, compreensão que não se coaduna com os preceitos legais que regem a matéria, bem como com a jurisprudência deste Sodalício acerca do tema.

4. Impõe-se o afastamento da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo, utilizada, in casu, para majorar a pena-base, já que o delito foi duplamente qualificado.

[...]

*3. Agravo não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP, para afastar o aumento levado a efeito na primeira fase da dosimetria e compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, redimensionando a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos de reclusão, mantidos os demais termos do aresto recorrido" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 457.923/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 27/05/2016).*

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua

Superior Tribunal de Justiça

jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo o delito de furto requisita a realização e exame pericial, somente substituível por outros meios de prova quando não existirem ou desaparecerem os vestígios.

2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1575314/SC, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 03/05/2016).

Tal realidade faz incidir, à hipótese, a **Súmula 568 desta Corte de Justiça**, que dispõe "*[o] relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante a respeito do tema*".

Dessa feita, merece trânsito a tese recursal, notadamente porque a decisão do Tribunal de origem, no ponto, se encontra em desconformidade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, deve ser **afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo** imputada ao recorrente e refeita a dosimetria da pena.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do STJ, **conheço em parte do recurso especial** e, nessa extensão, **dou-lhe provimento**, para determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal **a quo**, para que refaça a dosimetria da pena, com o decote da qualificadora inserta no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

P. e I.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator