

RECURSO ESPECIAL Nº 1.827.194 - MG (2019/0208289-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE : **EDANILSON GOMES PEREIRA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial de EDANILSON GOMES PEREIRA manifestado, com fundamentado no art. 105, III, "a", da CRFB/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o recorrente, em primeira instância, foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4º, II, c/c o art. 14, II ambos do Código Penal (furto qualificado por escalada), sendo-lhe imposta a pena definitiva de 1 ano de reclusão, em regime aberto, além de 5 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direito (e-STJ fls. 128/132).

Em apelação criminal manejada pela defesa, a decisão foi parcialmente reformada, por maioria, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 175):

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO TENTADO - CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 155, § 4º, INCISO II, C/C ARTIGO 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL - PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA - BASE NO MÍNIMO LEGAL - REEXAME DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - ATENDIMENTO - APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA REFERENTE À TENTATIVA - ITER CRIMINIS PERCORRIDO - NÃO CABIMENTO. - Sendo favorável ao réu, o exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, faz-se necessária a redução da pena -base, com sua fixação no mínimo legal. - Para a fixação do quantum de redução da pena pela tentativa, deve-se analisar o iter criminis percorrido pelo agente. V.V.P.: 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 de saparecido, sob pena de violação ao artigo 167 do Código de Processo Penal.

Na oportunidade, o Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento à apelação para, "reexaminando as circunstâncias judiciais dos antecedentes criminais, da personalidade e circunstâncias do crime, reduzir a pena-base ao mínimo legal. Nestes termos, fica o réu Edanilson Gomes Pereira, já qualificado, condenado como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso II, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas concretizadas em 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 05 (cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, mantida a substituição da reprimenda corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade" (e-STJ fl. 187).

Os embargos infringentes interpostos não foram acolhidos, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 217):

EMBARGOS INFRINGENTES - FURTO - DECOTE DA QUALIFICADORA DE ESCALADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE.

Havendo provas convincentes de que o agente tenha empregado esforço incomum para adentrar ao imóvel da vítima, impõe-se a manutenção da qualificadora, sendo prescindível o laudo pericial.

V.V. - EMBARGOS INFRINGENTES - RESGATE DO VOTO MINORITÁRIO- 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 pena de violação ao artigo 167 do Código de Processo Penal.

Irresignada, a defesa então interpôs recurso especial, alegando ofensa ao art. 171 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que é necessário perícia válida para a comprovação da qualificadora de escalada.

Contrarrazões às e-STJ fls. 237/240.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 255/260).

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

Este Tribunal Superior firmou orientação de ser imprescindível, nos termos dos artigos 158 e 167 do CPP, a realização de exame pericial para o reconhecimento das qualificadoras de escalada e arrombamento no caso do delito de furto (art. 155, § 4º, II, do CP), quando os vestígios não tiverem desaparecido e puderem ser constatados pelos peritos.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS. NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL 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. O acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação registra o entendimento de que a escalada (genericamente) não deixa vestígios.

3. Todavia, a Corte estadual não indica elementos do caso concreto que evidenciem, na hipótese, inexistirem vestígios materiais, o que teria inviabilizado a realização do exame pericial e, por conseguinte, permitiria que a qualificadora em exame fosse demonstrada por outras provas.

4. Para afastar a decisão agravada, seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos - a fim de constatar se a escalada do muro, no caso, teria deixado vestígios -, o que é vedado em recurso especial, consoante o enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

5. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

6. Agravo regimental não provido. Execução imediata determinada.

(AgRg no REsp 1.631.056/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017, grifei)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. EXAME PERICIAL DIRETO NÃO REALIZADO. REALIZAÇÃO DE LAUDO INDIRETO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DIRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA FURTO SIMPLES. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. FUNDAMENTO PARA A SENTENÇA. ATENUANTE RECONHECIDA. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. [...]

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se não existirem vestígios ou tenham esses desaparecido, ou quando as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

3. Hipótese em que o laudo pericial foi realizado, porém de forma indireta, apenas com base em material fotográfico, não tendo sido apontado nenhum fundamento capaz de justificar a não realização da perícia de forma direta, impondo, assim, o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo. Precedentes.

4. [...]

5. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas à 1 ano e 10 dias-multa, em regime inicial semiaberto. (HC 335.679/SC, SEXTA TURMA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016, grifei)

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, SEXTA TURMA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016)

No presente caso, o Tribunal de origem assim decidiu no tocante à circunstância qualificadora da escalada (e-STJ fls. 219/220):

Registro que o meu posicionamento no sentido de que, quando há nos autos outros elementos de prova, como as declarações de testemunhas e das vítimas, estes são suficientes para apontar que a prática do delito ocorreu mediante escalada, não se exigindo a realização de exame pericial para se caracterizar tal qualificadora.

Assim, dúvidas não há de que o embargante imprimiu esforço incomum para pular o muro do imóvel da vítima, a demonstrar maior reprovabilidade em sua conduta, conforme se atém das provas testemunhais colacionadas aos autos (fls. 02 e 77, Daniel de Souza Santos; fls. 23 e verso, Cláudio Adão Nunes Alves).

Ademais, entendo que deve ser feita uma análise conjunta das provas produzidas, diante da inexistência de hierarquia entre os meios probatórios e do livre convencimento motivado do Juiz.

[...]

Pelo exposto entendo que a realização de laudo pericial torna-se prescindível se há nos autos demais provas carreadas, que comprovem tal qualificadora.

Desse modo, consoante se depreende de tal fundamentação, percebe-se que, apesar de ter sido possível a realização do exame direto, pois o crime deixou vestígios, o laudo pericial se baseou em prova testemunhal e na confissão do réu, contrariando a compreensão firmada no STJ.

Portanto, se era possível a realização da perícia técnica, mas ela não foi realizada, o exame indireto ou a prova testemunhal não podem suprir a sua ausência.

Anote-se, ainda, que o Tribunal de origem não apresentou fundamentos aptos a justificar a ausência do exame técnico, razão pela qual a mencionada qualificadora deve ser afastada.

Passando, então, à readequação da dosimetria da pena do delito de furto tentado, mantenho os mesmos parâmetros que haviam sido adotados no voto-vencido, quais sejam (e-STJ fls. 189/190):

Na primeira fase, fixo a pena-base no mínimo legal, em 01 (um) ano de reclusão e em 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, inexistente agravante. Presente a atenuante da confissão espontânea, porém deixo de reduzir a pena, pois já fixada no mínimo legal.

Na terceira fase, reduzo a pena em 1/2 em razão da minorante da tentativa e concretizo a reprimenda em 06 (seis) meses de reclusão e em 05 (cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Mantenho o regime inicial aberto.

Substituo a pena corporal por uma restritiva de direito consistente na prestação pecuniária de 01 salário mínimo para entidade pública ou privada com destinação social escolhida no juízo da execução.

Ante o exposto, **conheço do recurso especial para dar-lhe provimento**, a fim de desclassificar o crime para furto simples, redimensionando a pena definitiva imposta ao ora recorrente nos moldes fixados no voto-vencido proferido no julgamento do recurso de apelação, ou seja, para 6 meses de reclusão, em regime aberto, além de 5 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação pecuniária de 1 salário mínimo para entidade pública ou privada com destinação social escolhida no juízo de execução.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator