

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.522.327 - SP (2019/0174570-4)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : **ROGERIO DOS SANTOS**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - DEFENSOR
PÚBLICO - SP389339
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA DIRETA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. NECESSIDADE. NÃO REALIZAÇÃO. JUSTIFICATIVA CONCRETA. AUSÊNCIA. **AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.** VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL PELA NÃO COMPROVAÇÃO DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. SÚMULA N.º 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO. **HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.**

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por ROGERIO DOS SANTOS contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o processamento do recurso especial manejado com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República na Apelação n.º 0000365-58.2015.8.26.0542.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 155, § 4.º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 159-164).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa (fl. 246):

"1. Apelação Criminal - Furto biqualeficado (rompimento de obstáculo e escalada), praticado em estabelecimento comercial.

2. Materialidade delitiva comprovada pelos autos de prisão em flagrante, de reconhecimento de objetos, de apreensão e de avaliação da res furtivae, e prova oral.

3. Autoria confessada e corroborada pela palavra da vítima e

testemunhas.

4. Qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada suficientemente demonstradas pela prova pericial e oral.

5. Impossibilidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois o réu negou uma das qualificadoras.

6. Penas fixadas dentro dos parâmetros legais, justificadamente e com critério de razoabilidade.

7. Recurso desprovido."

Alega a Acusação, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 155, *caput*, do Código Penal.

Argumenta que não poderiam ter sido reconhecidos o rompimento de obstáculo e a escalada, na medida em que deixou de ser realizada perícia.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 266-272). O recurso especial não foi admitido (fls. 275-276). Foi interposto agravo (fls. 285-297).

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pelo desprovimento do agravo (fls. 318-321).

É o relatório.

Decido.

O acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguinte razões de decidir (fls. 247-248; sem grifos no original):

"IV- As qualificadoras foram corretamente reconhecidas.

A escalada foi confessada. E nesse tópico a confissão foi corroborada pela fotografia de fls. 77, que demonstra a altura do portão superado pelo acusado para ingressar no imóvel.

Quanto ao arrombamento, o próprio réu admitiu sua existência, apesar de negar que fora ele quem arrombou a porta dos fundos do imóvel. Além do teor do interrogatório, asseguram ter havido arrombamento as declarações da vítima e o exame da chave de roda utilizada para quebrar a fechadura da porta.

A tese do réu, de que o arrombamento foi feito por um ladrão desconhecido que o precedera no ingresso da loja, não encontra qualquer amparo probatório.

Além da prova oral (note-se que a versão apresentada pelo réu no sentido de que a porta já estava arrombada quando adentrou no estabelecimento não foi acompanhada de nenhuma prova), a fotografia de fls. 77 demonstra a necessidade da escalada para acesso aos fundos do imóvel (nesse ponto, o acusado não apresentou negativa-mídia de fls. 119) e a apreensão de chave de roda no local (que foi periciada, inclusive - fls. 97/98) torna certo também de rompimento de obstáculo para o acesso ao interior do estabelecimento comercial."

Contudo, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende ser imprescindível, nas infrações que deixam vestígios, a realização do exame de corpo de delito direto a fim de comprovar a materialidade do crime, podendo ser suprida pela prova testemunhal ou outro meio indireto somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. LAUDO PERICIAL NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO CONTEMPORÂNEA À ÉPOCA DOS FATOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de ser necessário o contemporâneo exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios. Não supre sua ausência a prova testemunhal ou a confissão do acusado, quando possível a realização da perícia à época dos fatos, nos termos dos arts. 158 e 159 do Código de Processo Penal - CPP.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram a qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto, mesmo sem a realização de prova pericial, à época da infração, admitindo que outros elementos possam suprir eventual vício.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC 355.592/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 02/10/2018; sem grifos no original.)

"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; sem grifos no original.)

"PROCESSO PENAL E PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E/OU OMISSÃO. OCORRÊNCIA. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA DIRETA. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de haver ambiguidade, obscuridade, contradição e/ou omissão (artigo 619 do Código de Processo Penal).

2. É assente neste 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.

3. Logo, se era possível a realização da perícia, como no caso concreto dos autos, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal, a confissão do acusado e o exame indireto não suprem a sua ausência.

4. Embargos de declaração acolhidos, a fim sanar a omissão apontada, com efeitos infringentes, tão somente para afastar a causa de aumento do rompimento de obstáculo para a configuração do delito de furto qualificado" (EDcl no HC 408.471/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, 167 E 171, TODOS DO CPP. DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. PERÍCIA DIRETA. IMPRESCINDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES.

1. Para o Superior Tribunal de Justiça, a qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo só pode ser aplicada ao crime de furto mediante realização de exame pericial, tendo em vista que, por ser infração que deixa vestígio, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal.

2. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, o que não foi demonstrado no presente caso.

3. Agravo regimental desprovido"(AgRg no REsp 1.637.802/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017; sem grifos no original.)

Na hipótese dos autos, as qualificadoras do art. 155, § 4.º, incisos I e II, do Código Penal devem ser afastadas, pois não foi realizado o exame pericial direto comprovando a escalada e o rompimento de obstáculo e, tampouco, as instâncias ordinárias declinaram motivos justificados pelos quais seria inviável a sua realização.

Assim, a conduta deve ser desclassificada para o delito previsto no art. 155, caput, do Código Penal.

De outro lado, verifico a existência de ilegalidades patentes aptas à concessão de *habeas corpus*, de ofício, no tocante à exasperação da pena-base com fulcro na valoração negativa do vetor conduta social e ao reconhecimento da confissão espontânea.

A propósito do desvalor atribuído à conduta social, a sentença condenatória, corroborada pelo Tribunal de origem, apresentou a seguinte fundamentação (fl. 162; sem grifos no original):

"c) Conduta Social: É a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos), e no caso vertente verifica-se não haver comprovado o réu ocupação lícita, pelo que aumento a pena mínima em mais 2 meses."

Com efeito, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, **"a conduta social afere a interação do agente em seu meio, ante familiares, amigos e vizinhos, não cabendo, pois, negativá-la ante a sua vivência delitiva ou pelo fato de não possuir ocupação lícita, que em nada se mostra prejudicial às suas relações de convivência."** [...] (HC 203.731/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA

TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 19/10/2015; sem grifos no original).

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DAS PENAS. (I) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAMENTE À CULPABILIDADE, À PERSONALIDADE E À CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CONDUTA SOCIAL AFASTADA. (II) PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 62, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. (III) CAUSAS DE AUMENTO. ART. 40, INCISOS V E VII, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

3. 'O conceito de conduta social tem por fim examinar a interação do agente em seu meio, ante familiares, amigos e vizinhos, razão pela qual a motivação referente à ausência de trabalho lícito, por si só, não justifica a valoração negativa da circunstância referente à conduta social do sentenciado' (HC n. 146.041/MG, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 26/8/2015).

[...]

9. Ordem parcialmente concedida para afastar da primeira fase da dosimetria a circunstância judicial relativa à conduta social e, assim, redimensionar a pena definitiva do paciente a 21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão local." (HC 448.099/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 13/11/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTO PARCIALMENTE INIDÔNEO. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONSTATADA. AFASTAMENTO. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE.

1. No caso em questão, caso a intenção das instâncias ordinárias seja a negatificação da conduta social, entende-se que a motivação referente à ausência de trabalho lícito, por si só, não justifica a valoração negativa da circunstância referente à conduta social do sentenciado (HC n. 146.041/MG, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).

[...]

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 443.086/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 29/05/2018)

"PENAL. PEDIDO DE EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS.

IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. MÁ CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO. QUANTIDADE E QUALIDADE DE DROGA. PREPONDERÂNCIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO. CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO DE PENAS. LEGALIDADE. ACOLHIMENTO.

[...]

2. In casu, na consideração da conduta social do interessado, não foram indicados elementos concretos e idôneos dos autos que demonstrassem a inadequação do seu comportamento no interior do grupo social a que pertence, devendo ser ressaltando que "a motivação referente à ausência de trabalho lícito, por si só, não justifica a valoração negativa da circunstância referente à conduta social do sentenciado" (HC 146.041/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 26/08/2015).

[...]

10. Pedido de extensão acolhido para fixar a pena final do interessado em 10 anos, 8 meses e 6 dias de reclusão, mantido o cumprimento inicial em regime fechado, mais 900 dias-multa." (PExt no HC 336.741/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016)

No tocante à atenuante da confissão, a sentença primeva, mantida pelo Tribunal de origem quando do julgamento da apelação defensiva, apresenta os seguintes fundamentos (fls. 161-163; sem grifos no original):

"9.3.) Também não há o que se falar em afastamento do **arrombamento**, pois, tal fato foi **confirmado pela vítima e pelo réu**, sendo que inclusive o instrumento utilizando para tanto foi apreendido e periciado (fls. 98).

10.) **Quanto à autoria, dúvidas não restam em apontá-la na direção do réu, pois confessou o delito.**

11.) **Sua confissão ainda foi corroborada pelo depoimento do representante da empresa vítima, que confirmou ter perseguido o réu, após ele tentar vender a res a outro tatuador, bem como foi confirmado pelo depoimento do guarda municipal Valdire, que confirmou que o réu estava na posse das máquinas subtraídas quando se deu sua prisão (fls. 117).**

[...]

15) **Agravante e atenuantes: não obstante tenha confessado o delito, o réu o fez de forma parcial, pelo que nenhuma diminuição na pena lhe seria justa."**

Como se vê, as instâncias ordinárias adotaram entendimento que destoa da

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, deve ser reconhecida na segunda fase dosimétrica, ainda que o Agente a tenha revelado, durante a persecução criminal, de forma parcial ou qualificada, restrita à fase policial ou processual, ou até mesmo quando dela houver ulterior retratação, por poder influir – ainda que reflexamente – no convencimento do órgão julgador competente, consoante inteligência filológica da Súmula n.º 545/STJ.

Nesse norte:

"REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO CONSIDERADA NO ÉDITO CONDENATÓRIO. ANTECEDENTES CRIMINAIS UTILIZADOS PARA MAJORAR A PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O entendimento dominante no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, mesmo nas hipóteses de confissão qualificada ou parcial, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, desde que tenha sido utilizada como elemento de convicção do julgador.

2. Na espécie, o Juízo de primeiro grau reconheceu ter o acusado confessado o cometimento do crime, contudo deixou de aplicar a atenuante por não ter sido integral, incorrendo, desse modo, em flagrante ilegalidade, ensejando a concessão do writ.

3. Os antecedentes criminais do paciente foram utilizados para majorar a pena-base, não tendo sido reconhecida a sua reincidência, razão pela qual esse fundamento não poderia incidir para preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea, sob pena de prejudicar a sua situação em pedido exclusivo da defesa.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 426.496/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018; grifos diversos do original.)

"HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO NÃO SUBMETIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE

EXAME POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que **a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.**

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as penas a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias-multa." (HC 400.229/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; grifos diversos do original.)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar as penas aplicadas ao Agravante quanto ao delito de furto simples.

1.^a Fase – Mantida a valoração negativa dos vetores atinentes à culpabilidade e aos antecedentes, e afastada, nos termos desta decisão, a relativa à conduta social. Portanto, a pena-base é fixada em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal;

2.^a Fase – De acordo com o preconizado na sentença e no acórdão recorrido, não há agravantes a considerar e, conforme o estabelecido neste *decisum*, foi reconhecida a confissão. Nessas condições, as sanções intermediárias são fixadas em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa; e

3.^a Fase – Conforme estabelecido pelo magistrado de piso e corroborado pelo Tribunal *a quo*, não há causas de aumento ou diminuição de pena a sopesar. Por conseguinte, **as reprimendas definitivas são estabelecidas em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal.**

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de afastar as qualificadoras da escalada e do rompimento de obstáculo, desclassificando a conduta para a do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal. E CONCEDO *habeas corpus*, de ofício, para afastar o desvalor atribuído à conduta social e reconhecer a incidência da confissão espontânea, redimensionando as penas impostas aos patamares delineados nesta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora