

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.643.236 - GO (2020/0003215-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : MARCOS ANTONIO MELO FRANCO
ADVOGADO : MARCELO DA SILVA SOUZA - GO054197

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS contra a decisão do Tribunal estadual que não admitiu o recurso especial.

Consta dos autos que o agravado foi condenado às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 60 dias-multa, como incurso no delito tipificado no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante à Corte de origem, a qual negou provimento à irresignação, porém, de ofício, desclassificou o delito para a figura simples (art. 155, *caput*, do CP), redimensionando a pena de reclusão para 1 ano e 9 meses, mantido o regime semiaberto.

Contra a decisão foi apresentado recurso especial, com fulcro na alínea *a*, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem com fundamento na Súmula n. 7/STJ.

No presente recurso, alega o agravante que o óbice indicado na decisão de admissibilidade não incidiria na espécie.

Requer o acolhimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão objurgada, merece análise o inconformismo.

Nas razões do recurso especial, o órgão ministerial alega violação aos arts. 155, § 4º, inciso I, do CP, e 158 do CPP, sob argumento de que para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo a perícia seria prescindível na hipótese, tendo em vista que foi demonstrada por outros meios de prova e que a não realização do exame pericial foi justificada.

Quanto ao ponto, o Juízo singular havia reconhecido a qualificadora do rompimento de obstáculo, consignando, a saber:

"Relativamente à majorante do § 4º, inciso I, destaco que a Corte Cidadã posicionou-se no sentido de que "o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo não prescinde da realização de exame pericial, somente sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios quando não existirem vestígios, se estes tenham desaparecido, ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo", como é o caso dos autos, frisando que a vítima afirmou que o

acusado arrombou a porta de sua residência para adentrar no local, sendo tal 'conduta confirmada pelo próprio réu. Ademais, friso que o laudo pericial não pôde ser realizado em razão dos reparos imediatos realizados no local, conforme relatado por Félix.

Friso, nos termos do artigo 167 do CPP, que 'não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhai poderá suprir-lhe a falta'." (e-STJ fl. 200)

O Tribunal estadual, entretanto, afastou a qualificadora com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Todavia, no tocante a qualificadora do rompimento de obstáculo entendo que deve ser excluída, pois é entendimento pacífico e reiterado na jurisprudência pátria, inclusive do STJ que a mencionada qualificadora somente pode ser aplicada ao crime de furto mediante realização de exame pericial, haja vista que, por ser infração que deixa vestígio (crime não transeunte), é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal (art. 158 do CPP).

Assim, o laudo pericial apenas poderá ser substituído por outros meios de prova se o delito não deixar vestígios, tiverem desaparecido ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. O que não ocorreu no caso.

Na espécie, observe-se que não foi realizada a perícia porque o proprietário da residência promoveu o reparo da porta antes que a polícia técnico-científica fosse até o local para proceder às diligências necessárias à produção desta prova técnica.

A este passo, inobstante a prova testemunhai seja farta quanto ao arrombamento da porta da residência, não há como certificar-se tecnicamente de tal situação, pois conforme dito, em casos tais a realização de perícia é imprescindível para sua caracterização, conforme precedentes do STJ e julgados dessa Corte:

[...]

Por conseguinte, deve ser excluída a aludida qualificadora, e, conseqüentemente, desclassificando-se a conduta para o artigo 155, caput, do Código Penal." (e-STJ fls. 292/294)

Acerca do tema, sabe-se que o art. 158 do Código de Processo Penal estabelece que *"quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".*

Por outro lado, o art. 167 do mesmo diploma legal preceitua que, *"não*

sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, extrai-se que a perícia somente é essencial para comprovar a materialidade delitiva quando o crime deixa vestígios, admitindo-se a prova testemunhal quando estes não estiverem mais presentes.

Sobre o assunto, esta é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

"Alternativa do exame de corpo de delito: especificou o art. 158 antecedente que, nas infrações que deixarem vestígios materiais, será indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto. Assim, é preciso que os peritos façam a análise da causa mortis ou dos rastros deixados pelo delito, podendo ser lesões corporais, sinais de arrombamento, causas de um incêndio, entre outros fatores, conforme a natureza do crime. Entretanto, pode ser que os vestígios tenham desaparecido, o que, geralmente, ocorre quando o delinqüente faz o possível para ocultar sua ação. Nessas situações, quando o cadáver é perdido por qualquer causa, ou é destruído pelo agente, quando as lesões leves, uma vez curadas, desaparecem, quando a vítima troca a porta arrombada, desfazendo-se de vez da anterior, enfim, inexistindo possibilidade dos peritos terem acesso, ainda que indireto ao objeto a ser analisado, pode-se suprir o exame de corpo de delito por testemunhas. As pessoas podem narrar ao juiz o que viram, v.g., o momento em que o agente desferiu tiros na vítima e esta caiu de um despenhadeiro, desaparecendo nas águas do oceano. Baseado nisso, forma-se a materialidade do homicídio, permitindo, então, a punição do réu. (...) Acrescente-se, ainda, não ser válida a formação de corpo de delito indireto (por testemunhas), quando a responsabilidade pelo sumiço dos rastros deve-se, exclusivamente, à desídia (ou outra causa similar) dos agentes do Estado. Portanto, se o objeto da análise pericial deixou de existir porque não houve efetivação da perícia a tempo, em virtude de descaso estatal, a prova testemunhal é imprestável." (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 381/382)

No que se refere especificamente ao crime de furto com rompimento de obstáculo, cumpre trazer à baila a redação do art. 171 do CPP:

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

Verifica-se, assim, que a aludida norma processual penal confirma a necessidade de realização de perícia para a comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo, que somente pode ser substituída por outras provas quando os vestígios desaparecerem, não existirem, **ou o exame técnico não for passível de implementação.**

A propósito, Guilherme de Souza Nucci explica que "*é imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis*", podendo-se suprir o exame pericial "*somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo e o lugar tenha se tornado impróprio para a constatação dos peritos*" (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 392).

No mesmo norte orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. APLICAÇÃO DAS QUALIFICADORAS DA ESCALADA E DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DOS MOTIVOS DO CRIME. INVIABILIDADE. NÃO INDICADA MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias antecedentes não destacaram nenhuma excepcionalidade que justificasse a não realização do exame pericial, a fim de atestar a prática do delito mediante escalada e rompimento de obstáculo.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, apenas em hipóteses excepcionais - não subsistência ou insuficiência dos vestígios materiais - é admitida a comprovação das qualificadoras em exame por outros elementos probatórios.

3. Quanto ao fundamento adotado para considerar desfavoráveis os motivos do crime - intento de adquirir entorpecentes com o produto do furto -, o Juízo de primeiro grau não indicou elementos concretos dos autos para justificar sua conclusão.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 396.732/MS, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES TENTADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 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, as instâncias ordinárias, ao apreciarem a questão, não apresentaram justificativas para a não realização da perícia.

4. Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 não lhe são favoráveis. Inaplicabilidade do enunciado n. 269/STJ.

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, apenas para afastar a qualificadora e redimensionar a pena do paciente.

(HC 375.727/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016)

Na hipótese, o Tribunal de origem afastou a qualificadora do rompimento de obstáculo em razão da inexistência de laudo comprovando o arrombamento da porta.

Entretanto, também consignou o Tribunal estadual que há prova testemunhal farta no sentido de que ocorreu o arrombamento e que o laudo pericial não foi realizado porque o proprietário da residência promoveu o reparo da porta antes que os peritos pudessem ir até o local para examinar os vestígios (e-STJ fl. 292).

Ora, estando justificada a impossibilidade de realização da perícia e existindo provas contundentes a respeito do arrombamento da porta (testemunhas e confissão do réu, conforme sentença condenatória – e-STJ fl. 200), a qualificadora do rompimento de obstáculo deve ser reconhecida, nos termos do pleito ministerial, conforme já decidiu esta Corte Superior em casos análogos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA. ABSOLVIÇÃO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DECOTE DE QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. DOSIMETRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. As disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso.

2. O Tribunal a quo apresentou justificativa hábil para a não realização da perícia, tendo em vista o desaparecimento dos vestígios do crime, uma vez que a vítima providenciou a necessária e pronta reparação do dano causado pelo recorrente - arrombamento da janela e portão. Fica configurada, assim, uma das hipóteses nas quais há a possibilidade de exclusão da necessidade de realização do laudo pericial.

3. O acusado ostenta dez condenações transitadas em julgado, o que justificou a majoração da pena-base, em face da valoração negativa dos antecedentes criminais, e o aumento acima de 1/6 (um sexto), na segunda fase da dosimetria, devido à multirreincidência, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

4. O Superior Tribunal de Justiça tem competência para análise de matéria infraconstitucional, não estando obrigado a se manifestar a respeito de tema constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada pela Carta Magna ao Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1827892/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020, grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. JUSTIFICATIVA IDÔNEA PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE.

I - Em se tratando da configuração de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, o exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, sendo lícito, considerando o sopesamento das circunstâncias do caso concreto, a utilização de outras formas, tais como a prova documental e a testemunhal, desde que devidamente justificada a impossibilidade de realização do laudo pericial.

II - No caso em exame, o eg. Tribunal constatou que a realização da perícia para atestar o rompimento de obstáculo não foi possível, tendo em vista que a manutenção do local a ser periciado nas condições em que se encontrava após a realização do crime, ou seja, com a porta da arrombada, colocaria em risco a segurança da propriedade a vítima e dos bens ali depositados, por tratar-se de arrombamento na porta de acesso principal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1790990/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019, grifou-se)

Nessa ordem de ideias, deve ser restabelecida a sentença que condenou o agravante como incurso no delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, às penas de 3 anos de reclusão e 60 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Por tais razões, **conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial**, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea c, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a fim de restabelecer a condenação do agravado pelo delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, às penas de 3 anos de reclusão e 60 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 20 de março de 2020.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator