



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.428 - DF (2010/0032526-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO BOANI PAULUCCI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : GEAN FERREIRA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. DEFESA SILENTE DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF).

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante a audiência de instrução e julgamento, vindo a arguir a irregularidade somente nas alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão.

EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. PERÍCIA. IMPRESCINDIBILIDADE. INFRAÇÃO QUE DEIXA VESTÍGIO. CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA TESTEMUNHAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NESSE PONTO.

1. A qualificadora do rompimento de obstáculo só pode ser aplicada no crime de furto mediante realização de exame pericial, já que, sendo infração que deixa vestígio, é necessário o exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal, somente podendo ser substituído o laudo pericial por outros meios de prova quando não deixar vestígios, quando os vestígios tenham desaparecido, ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

2. Evidente o constrangimento ilegal quando, embora os vestígios fossem claramente passíveis de serem objeto de perícia, não se tenha realizado exame de corpo de delito para comprovar o rompimento de obstáculo à subtração da coisa, valendo-se as instâncias ordinárias apenas dos depoimentos das testemunhas dos fatos para proclamar pela incidência da qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do CP.

3. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de junho de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.428 - DF (2010/0032526-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO BOANI PAULUCCI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : GEAN FERREIRA COSTA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de GEAN FERREIRA COSTA, apontando como autoridade coatora a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que negou provimento à Apelação Criminal nº 20090110001307, mantendo as conclusões da sentença que condenou o paciente à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

Sustenta o impetrante que o paciente é alvo de constrangimento ilegal porquanto eivada de nulidade a ação penal, tendo em vista a inversão da ordem de oitiva das testemunhas na audiência de instrução e julgamento, além da inobservância da regra que impõe a inquirição direta pelas partes, não mais se realizando as perguntas pelo juiz.

Afirma, ainda, que deve ser excluída a qualificadora do rompimento de obstáculo, pois não teria havido laudo de exame do local do crime para sua comprovação, o que teria o condão de afastar o disposto no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Pugna, portanto, liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem para que seja reconhecida a nulidade da ação penal, desde a audiência de instrução e julgamento, requerendo, ainda, a exclusão da circunstância qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Instrui a inicial com alguns documentos (e-STJ fls. 6 a 37), sendo indeferida a tutela de urgência (e-STJ fls. 42 e 43) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 101), oportunidade em que acostou cópia de diversas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peças processuais (e-STJ fls. 102 a 153).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.428 - DF (2010/0032526-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da detida análise dos autos, constata-se que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

Irresignada, defesa interpôs recurso de apelação criminal para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao qual foi negado provimento, o que deu azo ao presente *mandamus*.

Busca o impetrante, em síntese, a anulação do feito a partir da audiência de instrução ao argumento de que o referido ato teria se realizado em desacordo com a norma contida no art. 212 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690/2008, afirmando que o magistrado teria desrespeitado a ordem de inquirição das testemunhas por ter sido o primeiro a formular as perguntas, quando sua atuação seria em último lugar, ou seja, complementar.

A Lei nº 11.690, que entrou em vigor a partir de 9 de agosto de 2008, introduziu algumas modificações no regulamento da prova testemunhal, dando nova redação ao art. 212 do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

*“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.
“Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.*

Da leitura do mencionado dispositivo, observa-se que as alterações promovidas pela referida legislação trouxeram o método de exame direto e cruzado da prova oral utilizado também na Inglaterra e na Itália, abolindo o antigo sistema presidencial quanto à formulação das perguntas e reperguntas por parte do juiz, inerente ao processo inquisitório, adotando, assim, o sistema adversarial anglo-americano, consistente primeiramente no *direct-examination* - por parte de quem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arrolou - e posteriormente no *cross-examination* - sendo submetido à parte contrária-, de tal sorte que ao magistrado cabe apenas a complementação da inquirição sobre os pontos não esclarecidos, ao final, caso entenda necessário.

Embora seja certo que no julgamento de casos semelhantes este Relator posicionou-se no sentido de que a inobservância da inovação legislativa citada importaria em eiva absoluta do ato, um aprofundamento no estudo dos institutos de Direito Processual Penal aplicáveis à espécie demonstra a necessidade de revisão do entendimento até então defendido.

Isto porque, é cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

Assim, para a declaração da nulidade de determinado ato processual, não basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na sua execução, sendo imperiosa, repita-se, a demonstração do eventual prejuízo concreto suportado pela parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, confira-se lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: pas de nullité sans grief." (As nulidades no processo penal. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29).

Nessa ordem de ideias, eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, o qual deve ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetiva do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief*, positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo.

A propósito, MAGALHÃES NORONHA observa:

*"O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o **pas de nullité sans grief**. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.*

"Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

"A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade - lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

*"A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc." (**Curso de direito processual penal**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 440).*

Por oportuno, colaciona-se o seguinte julgado deste Sodalício:

"CRIMINAL. HC [...] NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA INTEGRAL DE DEFENSOR [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

"No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no Processo Penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, prejuízo concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

"[...]".

"Precedentes desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Ordem denegada" (HC nº 63.368/MG, rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 14-11-2006, publicado no DJ de 4-12-2006, p. 349).

A sustentar que o magistrado que não observa as alterações promovidas pela Lei nº 11.690/08 no art. 212 do Código de Processo Penal incorre em nulidade relativa, destaca-se o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

*"a) qualquer dos sistemas escolhidos não autoriza, em hipótese alguma, considerar o outro como falha irreparável ao processo, logo, nulidade absoluta. Adotar essa visão significa um retrocesso inimaginável na estrutura do moderno processo penal brasileiro, que busca celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais. Pregar a nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar a parte, depois; ou porque as partes o fizeram em primeiro plano e o magistrado, na sequência, quer demonstrar ser o processo um fim em si mesmo. Não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes. Um depoimento colhido por todos os atuantes na audiência, constituído por conteúdo irreparável, detalhado e rico em elementos para apuração da verdade, jamais merecerá ser anulado e refeito porque houve pretensa 'inversão' na ordem de inquirição, em particular quando essa disputa advém de texto de lei mal redigido, com dupla interpretação doutrinária e sem envolver dano algum à acusação ou à defesa" (**Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 484 e 485).*

Ademais, a respeito do tema, cumpre ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* 103.525/PE, de relatoria da Excelentíssima Senhora Ministra Carmen Lúcia, entendeu que a inversão na ordem das perguntas formuladas às testemunhas não alteraria o sistema acusatório, ressaltando tratar-se de eiva relativa, cujo reconhecimento somente seria possível com a demonstração do concreto prejuízo sofrido pela parte, consoante veiculado no Informativo nº 594, de 2 a 6 de agosto de 2010, da Corte Constitucional:

"Audiência de Instrução: Inversão na Formulação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Perguntas e Nulidade

A Turma indeferiu habeas corpus em que se objetivava a anulação da audiência de instrução e julgamento e, conseqüentemente, da sentença condenatória proferida contra o paciente. A impetração sustentava a existência de nulidade absoluta, consistente na inversão da ordem de inquirição das testemunhas, pois a magistrada de 1º grau teria feito suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes o fizessem. Salientou-se, de início, tratar-se de vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deveria ser argüido oportunamente, o que não ocorrera, daí a superveniência da preclusão. Ademais, não teria sido demonstrado prejuízo concreto decorrente da alegada nulidade, pois a inversão da ordem do sistema de perguntas diretas, previsto no art. 212 do CPP (“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”), não alteraria o sistema acusatório. Nesse sentido, a decretação de nulidade a partir desse fato seria considerar o processo um fim em si mesmo, e não um meio para se conseguir a aplicação da lei penal. No ponto, divergiu o Min. Marco Aurélio, por entender que a forma prevista no citado artigo seria essencial e que o prejuízo estaria certificado na sentença condenatória. Contudo, tendo em conta a organicidade do Direito, asseverou que a inobservância de forma prevista em lei, como essa alusiva ao interrogatório, encerraria nulidade relativa. Por sua vez, não houvera o insurgimento da defesa no momento próprio, o que implicaria preclusão.

HC 103525/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.8.2010. (HC-103525).

Tal entendimento, inclusive, também é o adotado em inúmeros julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PARCIALIDADE DO JUIZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA. LEGALIDADE. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXCESSO DE LINGUAGEM. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO NOS TERMOS DOS ARTS. 408 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

"[...]".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"3. A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizado às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Sendo assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Estatuto, não se procede à anulação do ato.

"[...].

"5. Ordem denegada".

(HC 180.787/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 14/02/2011).

Não diverge o seguinte julgado da Colenda Sexta Turma:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. REGULARIDADE. USO DE ALGEMAS JUSTIFICADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO CAUTELAR MOTIVADA.

"[...].

"3. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art.

212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

"5. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

"6. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

"[...].

"9. Ordem denegada".

(HC 151.357/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

De igual teor, cita-se:

"HABEAS CORPUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP, ALTERADO PELA LEI Nº 11.690/08. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OCORRÊNCIA.

1. A inversão da ordem de inquirição direta das testemunhas previsto no art. 212 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.690/08, não altera o sistema acusatório.
2. Sem a oportuna alegação e a devida demonstração de efetivo prejuízo, como na espécie, não há falar em nulidade, muito menos absoluta.
3. Precedentes da 6ª Turma e do STF.
4. Ordem denegada.
(HC 133.654/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 31/08/2010, DJe 20/09/2010).

Da leitura da ata da audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento acostada às fls. 116 a 124, não obstante o Juiz tenha formulado, ele próprio, perguntas às testemunhas e somente após tenha passado a palavra para o representante do órgão ministerial e para a defesa, observa-se que, como bem ressaltado pelo magistrado ao prolatar o édito repressivo (e-STJ fls. 13), não houve qualquer impugnação do patrono do paciente acerca da inobservância da alteração legal promovida pela Lei nº 11.690/2008 no momento da realização do ato, de tal sorte que a referida eiva apenas foi suscitada em sede de alegações finais, circunstâncias que evidenciam que a matéria encontra-se sanada pelo instituto da preclusão.

Isto porque, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência deverão ser arguidas assim que ocorrerem.

Sobre o tema, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"O instituto da preclusão decorre da própria essência da atividade processual; processo, etimologicamente, significa 'marcha adiante' e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com outro." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.)

Dessa forma, constatado que a defesa da paciente apenas arguiu a eiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrida nas alegações finais, ou seja, após o termo fixado em lei para a defesa manifestar irresignação contra o ato que entende maculado, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão.

O Tribunal *a quo*, inclusive, afastou a preliminar de nulidade levantada no apelo ali interposto, consignando que *"a defesa do apelante não se manifestou contrariamente à alteração da ordem de perguntas às testemunhas durante as audiências de instrução (fls. 119 e 144). Por outro lado, conforme destacou o Sentenciante 'as defesas tiveram oportunidade de inquirir diretamente as testemunhas e assim o fizeram em relação à testemunha Leonardo (fl. 121) e à vítima (fl. 145) e nada perguntaram à testemunha Gesildo' (fls. 217/218). Preclusa a questão e não demonstrado o prejuízo à defesa, não há falar em nulidade"* (e-STJ fls. 30 e 31).

Além disso, em que pese a oitiva das testemunhas não ter sido procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, certo é que, conforme já afirmado, o ato cumpriu sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, observando-se, portanto, o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

Assim, não havendo a arguição tempestiva da matéria pela defesa e tampouco a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pelo paciente - que se limitou a sustentar que a nulidade em apreço seria absoluta -, não há que se falar em invalidação do ato como requerido na impetração.

No que se refere à pretendida exclusão da qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração da coisa, prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Diploma Repressor, ao argumento de que não teria sido realizada perícia para comprovar o rompimento, colhe-se do édito condenatório o trecho a seguir descrito, no que interessa:

"Assim, o § 4º do artigo 155 do Código Penal prevê quatro hipóteses para qualificar o crime de furto, sendo que havendo uma delas, já será suficiente para que o furto passe a ser qualificado.

No caso em exame, o furto é qualificado pelo concurso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peessoas e pela destruição ou rompimento de obstáculo para subtração da coisa.

A qualificadora do rompimento de obstáculo também ficou comprovada nos autos. O exame de corpo de delito pode ser realizado de forma indireta, conforme autorizam os artigos 158 e 167 do Código de Processo Penal.

[...].

As testemunhas Gesildo e Leonardo esclareceram que o quiosque estava arrombado, conforme se observa pelos termos de depoimento de fl. 120/121.

Assim, para qualificar o furto, hei por bem levar em consideração que o delito foi cometido em concurso de pessoas, sendo que a outra qualificadora - rompimento de obstáculo será levada em consideração na dosimetria da pena, quando do exame das circunstâncias judiciais" (e-STJ fls. 18 e 19).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a incidência da qualificadora em questão, pelos motivos a seguir expostos:

"O rompimento de obstáculo restou demonstrado por prova oral. O policial LEONARDO CAMARGO DA SILVA confirmou que 'que posteriormente voltou ao local e o quiosque estava arrombado' (fls. 121). Na ausência da perícia, a jurisprudência com fundamento do art. 167 do CPP, admite a comprovação da qualificadora por outro meio de prova idôneo". (e-STJ fls. 32).

Segundo o disposto no art. 167 do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 167 - Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Leciona a doutrina que: *"se o crime deixa vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito (art. 158, CPP), não podendo supri-lo a prova testemunhal. Esta somente será admitida, em lugar do exame, caso os vestígios tenham desaparecido, conforme preceitua o art. 167 do Código de Processo Penal"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 9. ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 729).

Ou seja, a qualificadora do rompimento de obstáculo só pode ser aplicada no crime de furto mediante realização de exame pericial, já que, sendo infração que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deixa vestígio, é necessário o exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal, somente podendo ser substituído o laudo pericial por outros meios de prova quando o delito não deixar vestígios, quando os vestígios tenham desaparecido, ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que, não obstante o delito de furto praticado pelo paciente tenha deixado vestígios, já que as testemunhas confirmaram que o quiosque estava arrombado, e embora os vestígios fossem claramente passíveis de serem objeto de laudo pericial, deixou-se de realizar exame de corpo de delito para comprovar o rompimento de obstáculo à subtração da coisa, valendo-se as instâncias ordinárias apenas dos depoimentos das testemunhas dos fatos para proclamar pela incidência da qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do CP, pelo que evidente o constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto.

Nesse sentido, o seguinte precedente da Quinta Turma deste Superior Tribunal:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PERÍCIA NÃO REALIZADA. CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA TESTEMUNHAL. DELITO QUE DEIXOU VESTÍGIOS. IMPRESCINDIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da necessidade de perícia para a caracterização do rompimento de obstáculo, salvo em caso de ausência de vestígios, quando a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, conforme a exegese dos arts. 158 e 167 do CPP.

II. Hipótese na qual os policiais encontram a porta principal do estabelecimento furtado arrombada, restando clara a presença de vestígios a serem objeto de laudo pericial, sendo que a sua confecção era perfeitamente possível e não logrou ser realizada.

III. Autos que não revelam qualquer informação acerca da apreensão de artefato que poderia ter sido utilizado no arrobamento da porta, sendo que o reconhecimento da qualificadora lastreou-se, exclusivamente, no depoimento dos policiais.

IV. Considerando que a qualificadora do rompimento de obstáculo só pode ser aplicada mediante comprovação por perícia, salvo quando não há possibilidade de sua realização, afasta-se a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo.

V. Devem ser reformados o acórdão recorrido e a sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória para que seja afastada a incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do CP, determinando-se, assim, que a pena seja redimensionada.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n.º 187.080/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 15-2-2011, DJe 28-2-2011) (grifos nossos)

No mesmo norte, o entendimento da Sexta Turma deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO.

1) Nos delitos de furto, a qualificadora do rompimento de obstáculo só pode ser aplicada mediante comprovação por laudo pericial, salvo

impossibilidade de realização da perícia.

2) No caso dos autos, era perfeitamente possível a realização de perícia e tal providência não foi tomada.

3) Os antecedentes do paciente não podem ser afastados, porquanto consta do v. acórdão hostilizado a expedição de mandado de prisão decorrente de sentença transitada em julgado.

4) A pena não pode ser fixada no mínimo legal, pelos antecedentes e circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pelas mesmas razões, não faz

jus o paciente aos benefícios do regime prisional aberto e substituição da pena privativa de liberdade.

5) Ordem parcialmente concedida para, cancelada a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduzir as penas do paciente a um ano e seis meses de reclusão e ao pagamento de treze dias-multa, fixado o regime prisional semiaberto. Em seguida, reconheço extinta a punibilidade da espécie, pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 109, inciso V, e 110, do Código Penal. (HC n.º 140.538/MS, Rel. Min. Celso Limongi, julgado em 18-8-2010, DJe 6-9-2010).

Constatada a ilegalidade na incidência da qualificadora reclamada, imperioso se faz o ajuste na reprimenda aplicada ao paciente.

Ao realizar a dosimetria da pena no caso concreto, o magistrado singular considerou a qualificadora do furto cometido com destruição ou rompimento de obstáculo como circunstância do crime capaz de aumentar a pena-base do furto qualificado, cuja caracterização se apoiaria no concurso de agentes, conforme revela a seguinte passagem do édito condenatório:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) Considerando como circunstâncias que interessam na dosimetria da pena o fato de o furto ter sido cometido com destruição ou rompimento de obstáculo para a subtração da coisa, hei por bem levá-la em conta neste momento da dosimetria da pena. Ressalto que a outra qualificadora - concurso de pessoas - foi levada em consideração para qualificar o furto. (...)" (fl. 22.)

Assim, afastando-se a aludida qualificadora, e tendo em conta que a pena-base aplicada ao paciente foi majorada em 6 (seis) meses, já que seus maus antecedentes também justificam a exasperação da reprimenda, mister a redução da pena definitiva para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, tendo em vista que não existem nem circunstâncias atenuantes ou agravantes, tampouco causas de aumento de pena ou de diminuição, mantido no mais o édito repressivo.

Ante o exposto, **concede-se parcialmente a ordem** apenas para afastar a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do CP, redimensionando-se a reprimenda para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0032526-2

HC 163.428 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13072009 20090110001307

EM MESA

JULGADO: 21/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: FERNANDO BOANI PAULUCCI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: GEAN FERREIRA COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.