



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.839 - DF (2013/0408967-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LUCAS DA SILVA AMORIM
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. 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. Em relação à qualificadora do rompimento de obstáculo, não é diferente a conclusão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. Ausente laudo pericial que ateste a configuração do rompimento de obstáculo, deve ser afastada a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.839 - DF (2013/0408967-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LUCAS DA SILVA AMORIM
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** agrava de decisão na qual dei provimento ao recurso especial para desclassificar a conduta imputada ao recorrente para furto simples e reduzir a pena imposta.

Neste agravo regimental, alega que deve ser aplicado ao caso "o entendimento de outra corrente jurisprudencial, que se firma no sentido de que a perícia técnica não constitui o único meio de prova do rompimento de obstáculo" (fl. 397). Ilustrativamente, menciona a decisão proferida por esta Corte Superior no julgamento do **AgRg no REsp n. 1.409.779/RS** (Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 19/12/2013).

Sustenta que "não há dúvidas, portanto, que o réu confessou a prática do furto, assim como o arrombamento do veículo (quebra do vidro com um cabo de vassoura), fato este reafirmado pelo depoimento do agente que efetuou a prisão em flagrante" (fl. 398), motivo pelo qual "torna-se prescindível o laudo técnico para aplicação da qualificadora" (fls. 398-399).

Colaciona, a título exemplificativo, julgados do Supremo Tribunal Federal (HC n. 111.118) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 809.912/RS), nos quais foi reconhecida a incidência da qualificadora com base em outros elementos probatórios.

Assim, pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja restabelecida a condenação do agravado por furto qualificado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.839 - DF (2013/0408967-8)

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. 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. Em relação à qualificadora do rompimento de obstáculo, não é diferente a conclusão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. Ausente laudo pericial que ateste a configuração do rompimento de obstáculo, deve ser afastada a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Não obstante os esforços perpetrados pelo ora agravante, não constato argumentos suficientes a infirmar a decisão agravada, cuja conclusão mantenho.

Primeiramente, registro que os julgados mencionados pelo Ministério Público Federal nas razões deste agravo – AgRg no REsp n. 1.409.779/RS e REsp n. 809.912/RS do STJ, e HC n. 111.118 do STF – **não retratam o entendimento atualizado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.**

Com efeito, no **julgamento do REsp n. 1.320.298/MG,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrido no dia 15/12/2015, 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, empreendi análise mais aprofundada do tema, com proposta de modificação de entendimento predominante na Corte. Porém, levado referido recurso a julgamento, meu voto não foi acolhido pela Sexta Turma, ficando como relator para o acórdão o Ministro Nefi Cordeiro.

Adiro, então, ao entendimento da Turma, mas peço permissão para deixar registrado, neste recurso especial, o teor do voto que ali externei, *in verbis*:

[...]

II. Necessidade de perícia técnica para constatação da escalada no furto – Divergência jurisprudencial

Cumpre, de pronto, enfatizar que o **furto mediante escalada** (de muro, de cerca, de parede etc.) **não deixa, necessariamente, vestígios físicos**, o que, portanto, coloca sob dúvida a necessidade, em todos os casos dessa modalidade de furto qualificado, da realização de prova pericial no local do crime.

A hipótese versada nos autos indica haver o autor do furto transposto, mediante escalada, um muro de aproximadamente 2,20 m de altura, não havendo restado qualquer dúvida, no espírito do julgador, quanto a tal circunstância, tanto que não se sentiu no dever de determinar a realização de perícia, dada a suficiência da prova oral colhida sob o contraditório das partes, em sua presença.

Sobre o tema, impende anotar que **predomina no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a qualificadora relativa à escalada deve ser comprovada por meio de exame pericial**. Confirmam-se: **HC n. 85.901/MS**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJ 29/10/2007; **HC n. 160.642/RS**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 20/8/2015; **AgRg no AREsp n. 656.584/SE**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 15/6/2015; **AgRg no REsp n. 1.468.309/MG**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 3/3/2015; **AgRg no AREsp n. 325.003/ES**, Rel. Ministra **Marilza Maynard** (Desembargadora convocada do TJ/SE), 6ª T., DJe 23/9/2014; **AgRg no AREsp n. 352.699/RJ**, Rel. Ministra **Regina Helena Costa**, 5ª T., DJe 19/5/2014; **AgRg no REsp n. 1.338.900/RS**, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 1º/8/2013.

Observo, no entanto, a existência de jurisprudência minoritária em sentido diverso, como, v.g., o seguinte julgado, em que a Quinta Turma deste Tribunal Superior dispensou a prova pericial para **configurar escalada em furto presenciado por testemunhas e capturado em foto e filme**:

[...]

2. Estando devidamente **demonstrada a existência de provas referentes à utilização da escalada para realizar o furto, por meio de filmagem, fotos e testemunhos, ainda que não tenha sido realizado exame de corpo de delito - o qual pode ser suprido pela prova testemunhal, nos termos do que disciplina o art. 167 do Código de Processo Penal -**, não há se falar em violação ao art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, encontrando-se, **dessarte, legalmente comprovada a materialidade. Não pode o processo penal andar em descompasso com a realidade, desconsiderando-se elementos de prova mais modernos e reiteradamente usados. Com efeito, atualmente existem inúmeros recursos aptos a registrar imagens, as quais, na maioria das vezes, podem revelar de forma fiel a dinâmica delitiva e as circunstâncias do crime praticado.**

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.392.386/RS, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 9/9/2013, destaquei.)

Nesse precedente, o STJ deu voz ao que já era senso comum: o processo penal não tem caminhado de mãos dadas com o surgimento de novos meios de apreensão e de representação da realidade. Predominou, naquela ocasião, a convicção formada nas instâncias ordinárias sobre os fatos a partir do exame de elementos de prova (fotos, vídeo e testemunhos) tão seguros e persuasivos, possivelmente até mais que a perícia técnica.

Anteriormente, registro, já decidira a Corte em igual direção:

1. Havendo provas suficientes da materialidade e da autoria, consistentes na prisão em flagrante dos réus e exame pericial realizado nas vestes da ofendida, não é indispensável o exame de corpo de delito, tanto mais sendo a vítima mulher casada e mãe de dois filhos.

2. A nulidade insanável decorrente da falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio constitui, sem dúvida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resquício do ultrapassado sistema da prova legal. No processo moderno, orientado pela busca da verdade real, todas as provas devem ser igualmente consideradas, não existindo, entre elas, hierarquia.

Em havendo outras provas lícitas e idôneas a esclarecer a verdade dos fatos e formar o convencimento do juiz, a exigência indeclinável da prova pericial, evidentemente, desvirtuaria os fins do processo penal.

3. Recurso não conhecido.

(REsp n. 62.366/SP, Rel. Ministro Edson Vidigal, 5ª T., DJ 3/8/1998, destaquei.)

[...]

I - Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da materialidade da conduta delitiva, apenas e tão-somente, o respectivo exame pericial.

II – Não há que se falar em ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência se o juízo condenatório alicerçou-se, fundamentadamente, em robusta prova documental e testemunhal a evidenciar a materialidade do crime atribuído ao paciente.

[...]

Writ parcialmente concedido para suspender a execução do v. acórdão condenatório, apenas na parte relativa às penas acessórias previstas no § 2º do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67, até o trânsito em julgado da condenação, ratificando a liminar anteriormente concedida.

(HC n. 21.829/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJ 12/8/2003, destaquei.)

Como é a primeira vez que analiso o tema, **sob a ótica desenvolvida neste voto**, sinto-me à vontade para novamente submetê-lo ao crivo da Turma.

Explicito, já de início, minha convicção de que, diferentemente do que se tem dito algures, acerca da necessidade de comprovação de certos fatos mediante prova pericial, **não me parece ser tal exigência – encontrada, por exemplo, no art. 158 do CPP – uma reminiscência do sistema das provas legais (ou tarifadas), vigente,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outrora, em certos ordenamentos processuais. A regra em apreço é simplesmente uma **opção do legislador voltada a conferir maior segurança ao acusado**, mas não estabelece prévio valor probatório ou hierarquia entre os diversos meios de prova.

Como acuradamente assinala Eugênio Pacelli:

Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, *a priori*, a supremacia de uma prova em relação a outra, sob o fundamento de ser uma prova *superior* a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja *superior* à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.

O que ocorre, em relação à prova *técnica*, é que a legislação demonstra uma maior preocupação quanto à idoneidade da prova, para o fim a que se destina. (PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 341, destaques do autor)

Aliás, essa especificidade de alguns meios de prova, de que fala a doutrina, nada mais é do que a consagração de um processo penal voltado à proteção do indivíduo contra investidas abusivas do Estado em sua esfera de liberdade, a qual se veria sob risco diante de ausência de regra quanto à forma de se comprovarem certos fatos ou circunstâncias a ele relacionadas.

Assim, conquanto se adote, nos ordenamentos atuais, o princípio da livre investigação da prova, o juiz vincula-se a regras probatórias que encontram justificativa em razões de cunho epistemológico ou processual (número máximo de testemunhas, prazos preclusivos para a admissão e a produção da prova, exigência de prova exame para certos casos etc) ou político (proibição de provas ilícitas), bem como a princípios de política criminal (*in dubio pro reo*, presunção de inocência, imutabilidade da coisa julgada).

Essas limitações probatórias, todavia, somente encontram barreira intransponível, de cunho absoluto, na situação objeto do art. 5º, LVI, da Constituição da República, que considera "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Por conseguinte, é de impedir-se sua admissão, ou devem ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de normas constitucionais ou legais (art. 157 do CPP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, a única prova *a priori* e incondicionalmente inválida para produzir efeitos no processo penal brasileiro é a que viola regra de direito material, de conteúdo ético, obtida por meio ilícito, bem assim as dela derivadas (doutrina dos frutos da árvore envenenada).

As demais violações produzem, em princípio, a nulidade da prova, mas, como toda e qualquer atipicidade processual – mesmo, na esteira do que vem decidindo a jurisprudência dos tribunais pátrios, as que engendram nulidade absoluta –, devem submeter-se à verificação do prejuízo.

Para se inferir, portanto, conclusão tão drástica e peremptória – qual a da nulidade da prova –, seria mister avaliar se houve malferimento a regra de natureza ética na sua produção, se houve motivo justificável para a atipicidade em sua produção e se, enfim, houve prejuízo à parte em desfavor de quem foi produzida. Não por outro motivo se tem admitido, excepcionalmente, a prova testemunhal produzida em desacordo com o procedimento previsto no art. 212 do CPP, ou o reconhecimento formal em desconformidade com o art. 226 do CPP, ou mesmo o interrogatório realizado sem o comparecimento do defensor constituído do réu, quando nomeado defensor dativo para acompanhar o ato.

Esses exemplos bem evidenciam que – muito embora se deva seguir, para o correto desenvolvimento da relação processual, o método e as regras de produção dos meios de prova elencados no Código de Rito – há situações em que, mesmo em desacordo com o que determina a lei, não se invalida a prova produzida.

No tocante à prova pericial, sua razão de ser radica na necessidade de que certos fatos, por demandarem conhecimentos científicos específicos, não podem prescindir de profissionais capacitados e habilitados (v.g., médico, para atestar a causa da morte; contador, para atestar a falsidade na contabilidade de uma empresa; químico, para atestar a presença de substância tóxica em alimento ingerido pela vítima etc.), para se atestar aquilo que uma pessoa qualquer não poderia fazer com igual segurança e confiabilidade.

Assim é que, em que pese reconhecida a importância da especificidade de certos meios de prova – e daí a necessidade de se privilegiar a prova pericial, em certos casos –, parece-me lógico e racional concluir, como o faz Eugênio Pacelli, que:

A exigência de prova técnica somente haverá de ser feita quando a existência de determinado elemento do crime só puder ser provada por meio de conhecimento técnico. O mencionado dispositivo [art. 158 do CPP], ainda que esse tenha sido eventualmente o seu propósito primitivo, não pode ser lido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como a consagração tardia da evolução científica da tecnologia probatória. Ora, sabemos todos o quão precárias são todas e quaisquer ciências para rendermos tributos irrefletivos à certeza científica (PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 428, grifei.)

Ora, não seria, a meu juízo, razoável sustentar que um laudo pericial se mostre mais convincente ou confiável para configurar escalada do que um vídeo em que se registrou o agente na conduta galgar o obstáculo para entrar e sair do imóvel da vítima com a *res furtiva*. No tocante à prova oral, é difícil até cogitar em que área da técnica ou da ciência deva o perito ter *expertise* para atestar, em momento posterior e de maneira mais contundente que uma testemunha ocular, que o acusado empregou escalada para transpor um muro residencial.

Nessa linha de pensamento, veio desta Sexta Turma, há pouco mais de duas décadas, a sábia observação do saudoso Ministro Cernicchiaro, quando assentou que: **"No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real"** (REsp n. 30.435/RJ, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., DJ 12/4/1993).

É bem verdade, por sua vez, que segmentos autorizados da doutrina adotam posição rigorosa em relação à falta de laudo pericial no crime de furto. Vicente Greco Filho, por exemplo, aduz que: "Para que a substituição do exame pela prova testemunhal possa ocorrer validamente, porém, é preciso que o desaparecimento dos vestígios seja decorrente de causas não imputáveis aos órgãos de persecução penal". E assim conclui:

A cominação de nulidade [pela falta do laudo pericial] tem por objetivo desqualificar a falta do plano do mérito e da apreciação da prova para o plano do defeito processual. Essa medida é importantíssima, porque retira a questão da esfera de liberdade de convicção do juiz para tornar o processo, e eventual condenação, inválidos. Às vezes o legislador se utiliza desse expediente para dar importância a determinada formalidade que ele considera essencial, justificada, no caso, por ser o exame de corpo de delito garantia da pessoa contra acusações manifestamente infundadas. (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 221-222.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o máximo respeito ao ilustrado professor das Arcadas, não compartilho de igual conclusão.

Não se está a defender que a perícia seja dispensável em qualquer hipótese, mas, sim, que ela **nem sempre se mostra absolutamente necessária** quando o delito houver deixado vestígios, **nem se sobrepõe, peremptoriamente, aos demais elementos de prova**, que formam a convicção motivada do magistrado sobre determinado fato.

Não se cogita, assim, dispensar o exame pericial para, por exemplo, atestar a natureza entorpecente de substância que, aos olhos de uma testemunha ou de qualquer pessoa, pareça ser cocaína; ou, então, dispensar a prova pericial para aferir se a assinatura lançada em certo documento foi ou não produzida pelo punho do acusado. Tal permissividade da comprovação da natureza da mercadoria apreendida ou do documento supostamente falso por outro meio que não o técnico-pericial consubstanciaria insegurança judicial e risco inaceitável à preservação das liberdades públicas, o que não se compatibilizaria com os postulados de um processo penal fincado sobre bases garantistas e refratário a condenações injustas.

Diversas são as situações como a que ora se examina, na qual se põe em xeque a possibilidade de o juiz natural da causa avaliar as provas produzidas em contraditório, na sua presença, para concluir, além de qualquer dúvida razoável, se a escalada, como qualificadora do crime de furto, é passível de demonstração por outro meio – no caso, a prova testemunhal – que não a perícia.

III. Sistema de apreciação da prova no processo penal – livre convencimento motivado (persuasão racional)

O próprio Vicente Greco Filho, em outra passagem de sua obra, bem observa que, "no processo penal, o art. 157 do Código [redação anterior à reforma de 2008 – Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova] consagra a liberdade de apreciação da prova, mas a análise sistemática do dispositivo, inclusive no confronto com a Constituição, leva à conclusão de que o sistema adotado é e sempre foi o da persuasão racional." (GRECO FILHO, Vicente. *op. cit.*, p. 215).

Esse sistema, adotado em todos os ordenamentos contemporâneos, com raras exceções (como, no caso brasileiro, nas decisões do Tribunal do Júri), impõe ao juiz o dever de fundamentar o ato decisório, expondo as razões que o levaram a concluir pela absolvição ou pela condenação do réu, com a valoração das provas produzidas, mediante seu criterioso e prudente tirocínio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não por outro motivo é que o art. 182 verbaliza a regra de que o juiz é o perito da perícia (*peritus peritorum*), a lhe permitir aceitar ou rejeitar, no todo ou em parte, as conclusões do laudo. Ora, somente se justifica a inclusão de uma regra como essa ante a constatação de que **não se pode conferir a qualquer prova o grau de incontestabilidade e muito menos vedar que meios outros, lícitos, possam influenciar e até determinar o convencimento judicial.**

Com algumas ressalvas, observa, a esse respeito, Antonio Laronga que:

Se o objetivo do processo penal é a busca da verdade, parece coerente concluir que todos os elementos de conhecimento dos fatos relevantes para a decisão podem ser introduzidos no processo e utilizados pelo juiz para a formação do próprio convencimento, mesmo quando não se ajustem aos modelos probatórios expressamente regulados e admitidos no ordenamento processual (LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: Cedam, 2002, p. 4, trad. livre).

Entender de modo diverso, creio, afronta os princípios e as normas gerais que regem a prova no processo penal. É tanto injusto condenar alguém sem provas do cometimento de crime quanto o é absolver o réu a despeito da robustez das evidências da conduta delitiva. Em ambos os casos, o processo vê frustrado o seu propósito de legitimar a realização da justiça, pois esta somente se realiza quando decorre, ainda que proximamente, da verdade processual válida.

Nesse contexto, é bem-vinda a alteração promovida pela Lei n. 11.690/2008 no art. 155 do Código de Processo Penal, ao tornar ainda mais explícita a regra, já constante do então art. 157 do mesmo diploma, de que o **juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.**

Reafirma-se, assim, no plano legal, o que a supremacia constitucional (art. 93, IX, da Constituição da República) já impunha: o sistema da persuasão racional do juiz impera na produção e na livre apreciação das provas no processo penal, devendo ser o norte pelo qual se orienta a interpretação das demais normas do direito probatório no processo penal.

Assim, o juiz pode avaliar livremente as provas dos autos para formar seu convencimento, mas deve fazê-lo de maneira coerente e fundamentada, tanto no deferir ou não os pedidos de produção probatória quanto no julgar a respeito da materialidade e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoria do crime e dos elementos que definem os contornos jurídicos da ação delitiva objeto da imputação.

As demais normas referentes à instrução probatória devem, portanto, ser lidas à luz da regra geral do art. 155 do CPP, que incorpora o mandamento constitucional definidor do sistema de apreciação de prova, incumbindo ao intérprete e aplicador do direito afastar eventuais incompatibilidades e incoerências internas do ordenamento processual, excepcionadas, apenas, as limitações estabelecidas na lei civil em relação ao estado das pessoas (parágrafo único do art. 155 do CPP).

Conquanto não me pareça, como já dito acima, cabível a alusão ao sistema das provas tarifadas, é oportuna a observação de Renato Brasileiro de Lima, ao asserir que:

[...] com a incorporação ao processo penal do sistema da persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*, e CF/88, art. 93, IX), e a **consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado.**

(*Manual de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm. 2015, p. 580, grifei)

Aliás, bem antes da reforma legislativa de 2008, Júlio Fabbrini Mirabete já destacava, ao citar lição de Luiz Vicente Cernicchiaro, o contraste entre o sistema da persuasão racional e os arts. 158 e 563, II, "b", ambos do CPP:

Os artigos 158 e 563, II, 'b', porém, arranham os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento do juiz, dificultando a busca da verdade real. Como afirma o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: 'Constata-se, então, esta curiosa situação. Falha do condutor do inquérito ou do processo (sem considerar eventual malícia) deixa de materializar aqueles indícios. Interpretação literal dos dispositivos mencionados leva, inexoravelmente, à conclusão de não serem considerados os outros meios de prova, embora idôneos, claros, insofismáveis, esclarecedores do fato. Tem-se, então curiosa e perplexa conclusão: **o fetichismo dos meios de prova supera o próprio valor dos meios probatórios, reduzindo a instrução criminal a um jogo formal de dados**, quando não a um jogo bem-sucedido de interesses escusos' (*Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 5/207-217). Diz ainda a lei que **exame de corpo de delito**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direto não pode ser substituído exclusivamente pela confissão do acusado, mas, não se excluindo, pela Constituição, senão as provas obtidas ilicitamente, a disposição não deve mais vigorar.

(*Código de Processo Penal Interpretado*, 10. ed, São Paulo: Atlas, 2003, p. 479, destaquei).

Essa, aliás, já era a compreensão que se podia depreender da exposição dos motivos do Código de Processo Penal, em que já se repudiava a hierarquia de provas, *in verbis*:

VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. (...)

Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; **nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção.** A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. **Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.**

Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, **não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.** O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. **O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas,** mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

Assim, ante prova suficiente nos autos para que o juiz forme seu convencimento, motivadamente, sobre a caracterização da qualificadora no furto, não se compatibiliza com o sistema processual dele exigir que determine perícia ou, pela mesma razão, que anule a sentença pela ausência do laudo técnico.

O argumento ganha força se consideradas, na hipótese de furto, a **singeleza e a evidência dos fatos a serem apurados nas qualificadoras de escalada e do rompimento de obstáculo para a subtração da res.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda que seja importante, por meio dos recursos postos à disposição das partes, um efetivo controle sobre os critérios de formação do convencimento judicial sobre os fatos que julga, não há como dissentir da observação de que:

Se o objetivo do processo penal é a busca da verdade, parece coerente considerar que todos os elementos de conhecimento dos fatos relevantes para a decisão, se introduzidos na cena do processo, possam ser utilizados pelo juiz para a formação do seu convencimento, ainda quando não sigam os modelos probatórios expressamente regulados e admitidos no ordenamento processual. (LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: CEDAM, 2002, p. 4, trad. livre)

IV. Prova testemunhal para a configuração de escalada – hipótese dos autos

O recorrente pugna pelo afastamento da qualificadora relativa à escalada no furto, ao argumento de que ela só pode ser configurada por meio de perícia técnica, porque o crime deixou vestígios.

A sentença registrou que os **depoimentos das testemunhas e da vítima foram claros, coerentes e seguros em atestar que o réu adentrou e saiu do local do crime por meio da escalada de um muro:**

A vítima, Leandro Rodrigo Ribeiro, ouvida na Delegacia, informou que (fls. 14/15):

"estava no quintal da minha casa quando entrei para tomar água, foi quando minha esposa estava saindo do banheiro viu um vulto de uma pessoa, que o dcte afirma que no momento em que sua esposa viu o vulto "ela me gritou falado que estava roubando minha bicicleta"; que o dcte afirma que no momento em que sua esposa o alertou sobre a bicicleta "peguei a chave do portão, mas quando cheguei lá **ele já tinha jogado a bicicleta pelo muro e ele também estava acabando de pular o muro**"; (...) que o dcte afirma que seu vizinho Jackson "ficou com medo de me gritar" pois o Jackson afirma que o autor do delito é o vulgo Velão, que o dcte afirma que possivelmente Velão encontra-se recolhido no Presídio Floramar "ele é muito perigoso. por isso meu vizinho ficou com medo de gritar". (sic)

Na fase judicial, **acrescentou que "o muro que ele pulou tem cerca de 2,20 m de altura"** (fl. 58).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Disse que usava sua bicicleta para lazer e trabalho, e que a mesma valia R\$ 600,00.

No mesmo sentido, a testemunha Jaques Emilio Marçal da Silva, vizinho da vítima, afirmou na era policial que (fls. 26/27):

"estava na janela de sua casa quando viu a pessoa de Velão pulando o muro da residência de Leandro; que o dpte foi até o portão da casa de Leandro para avisá-lo mas como ele já havia visto o que estava acontecendo o dpte voltou para a sua casa quando da janela viu Velão jogado uma bicicleta de dentro do quintal da casa de Leandro para fora e em seguida ele pulou para o lado de fora" (Grifei). (sic)

Em Juízo, confirmou as declarações prestadas e disse que "o muro que o acusado escalou e jogou a bicicleta tem cerca de 2,20 m de altura" (fl. 60).

(fls. 116-117, destaquei, sic)

Ao dar parcial provimento à apelação, o Tribunal de origem destacou que os depoimentos testemunhais e da vítima eram suficientes para demonstrar a escalada do muro pelo acusado, para subtrair a bicicleta da vítima:

A vítima ao ser ouvida judicialmente (fls. 58) disse ter o acusado subtraído sua bicicleta, relatando:

(...) Que o apelido de quem furtou a bicicleta é Velão; que o muro que ele pulou tem cerca de 2,20 m de altura; que a bicicleta fez falta, pois era de lazer e trabalho; que valia uns R\$ 600,00 (seiscentos reais). (...) "

Na fase policial, disse a vítima que seu vizinho Jackson afirmou que "Velão", Ronaldo Braga Salatiel, foi o autor do delito em questão, sendo ele uma pessoa perigosa e usuária de drogas.

Por sua vez, **a testemunha Nancy Cândida Ferreira Silva, quando inquirida em juízo (fls. 59) confirmou seu depoimento** prestado na fase inquisitorial (fls. 16/17), em que relata:

"(...) que no dia dos fatos estava na loja quando ouviu um barulho vindo da rua; QUE a declarante afirma que sua loja é próxima da residência de LEANDRO; QUE, a declarante afirma que quando ouviu o barulho somente olhou para fora da loja e pode avistar uma pessoa caída no portão de LEANDRO juntamente com uma bicicleta; QUE a declarante afirma que em um momento a pessoa levantou a bicicleta "foi quando eu vi que a bicicleta era do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEANDRO; pois a esposa dele estava na loja e o LEANDRO passou lá com a bicicleta, eu percebi que era dele porque a bicicleta é Amarela", (...)

A testemunha Jaques Emílio Marçal da Silva, fl. 26/27, disse que viu "Velão" escalar o muro de 2,20m da casa da vítima e presenciou o momento em que aquele, estando do lado de dentro do quintal, jogou a bicicleta na rua.

Embora o apelante tenha negado a autoria delitiva, **as provas dos autos são suficientes para embasar um decreto condenatório**, inexistindo, "in casu", justificativa plausível que o isente de responsabilidade.

Restando comprovadas a autoria e a materialidade do furto descrito na denúncia, não há como prosperar o pleito absolutório por negativa de autoria.

[...]

No que tange ao pedido de decote da qualificadora contida no inciso II, § 4º do art. 155 do Código Penal, melhor sorte não socorre à Defesa, pois **restou provado ter o apelante escalado o muro de 2,20m da residência da vítima para subtrair a bicicleta, conforme se vê do depoimento da testemunha Nancy Cândida (fls.16/17).**

Filio-me à corrente doutrinária e jurisprudencial que entende **prescindível o laudo pericial para a comprovação do furto qualificado pela escalada, já que não o tenho como um daqueles delitos que, normalmente, deixam vestígios.**

[...]

Com efeito, o crime qualifica-se pela escalada quando o autor ingressa no local do furto por via de acesso anormal, usando, para tanto, a habilidade de galgar lugares altos, valendo-se de esforço incomum. Não se faz necessário, todavia, que tal esforço seja sobre-humano, bastando que não seja algo usual.

"In casu", como visto, há prova de que o acusado transpôs o muro da residência da vítima, que media cerca de 2,20m, por isso, não veja como considerar o furto como simples, pois a entrada na casa deu-se de modo anormal e dependeu do dispêndio de esforço incomum.

(fls. 178-180, destaquei)

Como se observa, não houve perícia técnica para averiguar o emprego de escalada pelo réu para transpor muro de 2,20 m e furtar a bicicleta da vítima. As instâncias ordinárias firmaram sua convicção com base em depoimentos da vítima e de testemunhas que presenciaram a conduta do réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registro, por fim, que **o recorrente não questiona os elementos caracterizadores da qualificadora, mas apenas a idoneidade dos meios de prova adotados para apurá-la.**

Dessa forma, diante da comprovação, por outros elementos de prova, da transposição do obstáculo pelo recorrente, para subtrair e deixar o local do crime na posse da *res furtiva* (bicicleta), não se fez necessária a perícia para examinar o muro que guarnece a residência, por entender o Tribunal de Justiça, tal qual o fizera o Juiz, motivadamente, e por seu livre convencimento, haver sido tal circunstância fática devidamente demonstrada pela prova oral.

Não vejo, pois, nulidade a reconhecer.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento ao recurso especial.**

Como dito, **esse não foi o entendimento da Sexta Turma no caso em questão e em outros julgados anteriormente** (v.g., HC n. 191.708/RS, AgRg no REsp n. 1.521.649/MG, AgRg no HC n. 300.808/TO, AgRg no REsp n. 1.426.346/RN e AgRg no AREsp n. 325.003/ES), todos relativos à qualificadora da escalada.

Em relação à qualificadora do rompimento de obstáculo, **não é diferente a conclusão da Sexta Turma deste Tribunal Superior.** Nesse sentido, menciono os seguintes julgados:

[...]

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, para o **reconhecimento da qualificadora da 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.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduzindo as penas do delito de furto para 3 anos, 7 meses e 16 dias de reclusão e 20 dias-multa.

(HC n. 254.645/MT, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 3/11/2015, destaqueei.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. FURTO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA DIRETA. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. [...]

1. Pacificou-se nesta Corte o entendimento no sentido da **necessidade de realização do exame técnico-científico para qualificação do crime ou mesmo para sua tipificação, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios**. Dessarte, se era possível a realização da perícia, a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência.

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.525.563/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 7/10/2015, grifei.)

[...]

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, **para incidir a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal, faz-se indispensável a realização de perícia regular, a fim de se constatar a realização do rompimento de obstáculo**.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.530.928/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 20/8/2015, destaquei.)

Portanto, em respeito à maioria, **curvo-me ao entendimento de imprescindibilidade da realização de exame pericial para constatação do rompimento de obstáculo**, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão agravada.

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0408967-8

AgRg no
REsp 1.424.839 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00341582320118070003 11552011 20110310348768 20110310348768RES
341582320118070003 34876811 3487682011

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUCAS DA SILVA AMORIM
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LUCAS DA SILVA AMORIM
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.