



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.392.386 - RS (2013/0244860-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE : **SÉRGIO ANDRÉ FERREIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. **1.** CONTRARIEDADE AO ART. 159, **CAPUT** E § 1º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. **2.** NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 155, § 4º, II, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. EXISTÊNCIA DE FOTOS E TESTEMUNHOS. DINÂMICA DELITIVA FILMADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. **3.** RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A ausência de apreciação pelo Tribunal local do conteúdo normativo do artigo tido por violado impede o exame da matéria por esta Corte Superior, pois, além de não se ter explicitado previamente a tese jurídica controvertida, não houve o preenchimento do requisito constitucional do prequestionamento. Inteligência dos enunciados nºs 282 e 356, ambos da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

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.

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, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 03 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.392.386 - RS (2013/0244860-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso especial interposto por Sérgio André Ferreira, com fundamento na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto. Em apelação, a pena foi reduzida para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, nos termos da seguinte ementa (fl. 192):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. AUTORIA. Hipótese em que há prova robusta do cometimento do delito pelo réu, consoante se infere das imagens trazidas aos autos, bem como da prova oral colhida na fase instrutória. QUALIFICADORA. ESCALADA. PLEITO DE AFASTAMENTO NÃO ACOLHIDO. Constatado esforço incomum do réu na execução do delito, porquanto lhe foi necessário pular o muro por duas vezes a fim de alcançar o local em que estava guardada a res furtiva. Qualificadora mantida. DOSIMETRIA DA PENA. Não verificados elementos que justificassem a valoração negativa de parte dos vetores do art. 59 do Código Penal, a pena-base resta reduzida. Efeito extensivo à multa para reduzir o número de dias-multa. Réu reincidente. Agravante mantida. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

No recurso especial, o recorrente aponta contrariedade ao art. 159, **caput** e § 1º, ambos do Código de Processo Penal, bem como ao art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, pois, a seu ver, não ficou devidamente caracterizada a qualificadora da escalada, haja vista a ausência de perícia válida. Aduz não ser suficiente a existência de fotografias, porquanto indispensável a demonstração do esforço incomum. Ademais, sustenta que não se comprovou a qualificação das pessoas nomeadas para o exame realizado, ainda que tenha sido supostamente singelo.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 221/229 e o recurso especial foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitido às fls. 231/237. Por fim, manifestou-se o Ministério Público Federal, às fls. 251/254, pelo não conhecimento do recurso e, acaso conhecido, pelo não provimento, nos seguintes termos:

PENAL PROCESSO PENAL FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE ESCALADA. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO- PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PERÍCIA VÁLIDA. INOCORRÊNCIA. OUTROS MEIOS DE PROVA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO E, CASO CONHECIDO, PELO SEU NÃO PROVIMENTO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.392.386 - RS (2013/0244860-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, no que concerne à suposta violação ao art. 159, **caput** e § 1º, do Código de Processo Penal, verifico que não houve prévia manifestação das instâncias ordinárias sobre o tema, o que inviabiliza o exame da controvérsia por esta Corte Superior. De fato, a ausência de apreciação pelo Tribunal local do conteúdo normativo do artigo tido por violado impede o exame da matéria por esta Corte Superior, pois, além de não se ter explicitado previamente a tese jurídica controvertida, não houve o preenchimento do requisito constitucional do prequestionamento.

Como é cediço, é imprescindível o prévio exame dos dispositivos legais indicados como ofendidos na formulação recursal, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, ainda que se trate de matéria de ordem pública. A propósito, veja-se o verbete nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". No mesmo sentido, tem-se o enunciado nº 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "O ponto omissão da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Confira-se, por oportuno, o seguinte precedente desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PECULATO, PREVARICAÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. **ABOLITIO CRIMINIS** TEMPORÁRIA RECONHECIDA. CONDENAÇÃO DECOTADA. PEDIDO DE EXAME DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOMENTE APRESENTADOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. REJEITADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No entendimento desta Corte, o prequestionamento é requisito essencial à possibilidade de análise do recurso na instância especial, ainda que se trate de questão de ordem pública. 2. "Na instância especial, as questões de ordem pública não prescindem do requisito do prequestionamento" (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 31.320/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 22/08/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ademais, a apreciação de questões de ordem pública que não caracterizam eventuais nulidades no processo poderão, se o caso, ser apreciadas nas instâncias ordinárias, sem que isso signifique prejuízo a defesa. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1181041/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 11/06/2013).

Quanto à apontada violação ao inciso II do § 4º do art. 155 do Código Penal, registro que prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que, nas infrações que deixam vestígios, se mostra indispensável a realização de exame técnico-científico para tipificação ou qualificação do delito. É, portanto, indispensável o exame de corpo de delito, nos termos do que disciplina o art. 158 do Código de Processo Penal, o qual somente pode ser suprido pela prova testemunhal quando tiverem desaparecido os vestígios.

Por oportuno:

HABEAS CORPUS. FURTOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUALIFICADORAS DE ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. CONCESSÃO PARCIAL. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do **writ** são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. 3. **In casu**, há manifesta ilegalidade no tocante à incidência das qualificadoras de rompimento de obstáculos e escalada, dada a ausência de laudo pericial, não se justificando que seja suprido pela prova testemunhal sem justificativa. Já a matéria que não foi submetida a exame da Corte de origem não pode ser aqui examinada, sob pena de supressão de instância. 4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, inclusive de ofício, para afastar as qualificadoras e reduzir a sanção. (HC 141.466/MS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 27/08/2012).**

Contudo, no caso dos autos, verifico que se trata de condenação por furto qualificado pela escalada, cuja dinâmica delitiva foi registrada por meio de sistema de monitoramento com câmeras. As instâncias ordinárias fundamentaram a prova da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

materialidade nas fotografias do muro – que revelam ter este "a altura de um andar entre o chão e o patamar escalado" (fl. 202) – e nos testemunhos (fl. 133). Registrou-se, outrossim, ser "notório que o réu fez uso de esforço físico incomum (fora do ordinário) para pular o muro por duas vezes. Ademais, não é necessária lógica apurada para inferir-se que o sujeito atuou com engenho e astúcia não só mental, mas física, a fim de alcançar o seu destino".

Portanto, mostra-se, a meu ver, temerário desconsiderar o arcabouço carreado aos autos – baseado em filmagem, fotos e testemunhos -, ante a ausência de laudo pericial da escalada, o qual certamente apenas confirmaria as provas já existentes. Note-se que prevalece igualmente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que não se deve reconhecer uma nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo, pois a forma não deve preponderar sobre a essência no processo penal.

Nesse sentido:

Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça. (HC 117952/PB, Relator o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe 28/06/2010).

Assim, estando devidamente demonstrada a existência de provas referentes à utilização da escalada para realizar o furto, ainda que não tenha sido realizado exame de corpo de delito - o qual pode ser legalmente 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.

A propósito:

CRIMINAL. RESP. FURTO QUALIFICADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. CORREÇÃO EM GRAU DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. AMPLA DEVOLUTIVIDADE DO RECURSO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Não se conhece do recurso pela alínea "c" se o recorrente deixou de transcrever trechos dos acórdãos recorrido e paradigma nos quais os julgados se assemelham e diferenciam, limitando-se à transcrição de suas ementas. II. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelação é um recurso amplo, porque devolve o conhecimento pleno da matéria impugnada. III. O Tribunal estadual é dotado de competência para analisar o quantum da pena aplicada, sem que isso configure violação do direito ao duplo grau de jurisdição ou ao contraditório, especialmente se a arguição relativa à não aplicação de circunstância atenuante era objeto das razões recursais. IV. A prova técnica não é a única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador. V. Na hipótese, a condenação pelo crime de furto, qualificado pela escalada, se deu com base em outros elementos dos autos que não a perícia. VI. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (REsp 809.759/PB, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJ 18/09/2006).

Por fim, importante ponderar que 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.

Dessa forma, não havendo contrariedade às normas que disciplinam a produção probatória no processo penal, inviável desconstituir as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, no que se refere ao esforço realizado pelo recorrente por meio da escalada, haja vista o óbice do verbete nº 7 da Súmula desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0244860-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.392.386 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00278463120138217000 00681829120128210013 01321000068184 21000068184 22610
2262010 278463120138217000 3444173820128217000 681829120128210013
70050378256 70053032215

PAUTA: 03/09/2013

JULGADO: 03/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SÉRGIO ANDRÉ FERREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.