



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.670 - MG (2011/0075461-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JONATHA DE SOUZA FREIRE

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIO. INDISPENSABILIDADE DE CONSTATAÇÃO VIA PERÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO LAUDO PELA PROVA TESTEMUNHAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 167 DO CPP. OFENSA AO ART. 159, § 1º, DO CPP EVIDENCIADA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. QUALIFICADORA AFASTADA.

1. Tratando-se o furto qualificado pela escalada, infração que deixa vestígio, é indispensável a realização de perícia para a comprovação da qualificadora, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou estes não puderem ser constatados pelos peritos. Exegese dos arts. 158 e 167 do CPP.

2. Ordem concedida para afastar da condenação a qualificadora do inciso II do § 4º do art. 155 do CP, determinando-se ao Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG que redimensione a reprimenda imposta ao paciente.

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.670 - MG (2011/0075461-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JONATHA DE SOUZA FREIRE

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de JONATHA DE SOUZA FREIRE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 1.0024.10.000717-8/001, interposta pela defesa, tão somente para decotar a agravante da reincidência, sem reduzir a reprimenda, mantendo, no mais, a sentença que condenou o paciente à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ter sido decotada da condenação do paciente a qualificadora da escalada prevista no inciso II do § 4º do art. 155 do Diploma Repressor, uma vez que, sendo delito que deixa vestígios, seria necessária a realização de perícia para sua comprovação, o que não teria ocorrido no caso.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja excluída da condenação a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso II, do CP.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.670 - MG (2011/0075461-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, porque no dia 3 de janeiro de 2010, *"mediante escalada, porquanto saltou o muro do estabelecimento comercial denominado 'Tributo', nele entrou por uma janela que estava aberta e de lá subtraiu os diversos objetos relacionados no auto de apreensão de fl. 21"* (fls. 6).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento tão somente para decotar a agravante da reincidência, sem reduzir a reprimenda imposta.

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

"Em relação à qualificadora, esta deve ser considerada. O réu confessou em, juízo que pulou 'o muro na divisa', o que demonstra a escalada. A vítima ainda confirmou que o réu, para entrar no local, pulou o muro. Deste modo, considerando a confissão do réu, dispensável o laudo para averiguar a escalada, devendo esta ser mantida" (fls. 10).

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

"Insurge-se o apelante contra a qualificadora de escalada, sob o argumento de que é imprescindível a elaboração de laudo pericial, que não pode ser suprido por prova oral, para demonstrar a efetiva conduta. Contudo, sem razão o apelante. A escalada ocorre quando uma pessoa sobe a um ponto mais alto do que o seu caminho natural, ou seja, 'é o ingresso anormal de alguém em algum lugar, implicando em acesso por aclave. (...) Há de existir dificuldade contínua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a entrada no local, a ser vencida pelo agente, através do seu esforço' (NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 748/749).

Tanto no APFD quanto em juízo o apelante confessa a necessidade de pular o muro para a subtração:

'... que caminhava pela Rua Califórnia, quando percebeu que a cerca elétrica do numeral 94 encontrava-se rompida, que ocorreu ao declarante subir no muro, como o fez, sendo que viu uma janela aberta, com uma luz acesa, tendo então passado por tal janela e assim tendo acesso ao interior do imóvel...' (fls. 11/12).

A vítima disse:

'... que para adentrar no recinto, o acusado pulou o muro, muro esse na divisa e que não sabe a altura porque, ao pulá-lo, o fez pelo lado do vizinho...' (fl. 103).

No mesmo sentido é o relato da testemunha:

'... que teve contato com a pessoa que viu o acusado pulando o muro e que era uma vizinha do prédio que lhe passou as características físicas do acusado...' (fl. 104).

Por mais que entenda imprescindível a realização de laudo pericial para constatar a ocorrência de qualificadoras que deixam vestígios, quanto à escalada, ante a impossibilidade de averiguar vestígios, é suficiente a prova testemunhal produzida, totalmente harmônica e coerente nos autos.

[...]

Não há dúvida de que o acusado utilizou de esforço incomum para galgar o muro e entrar no estabelecimento e de lá subtrair a res furtiva, consoante as provas testemunhais e, principalmente, sua confissão, pelo que não é possível afastar a qualificadora.

Além disso, ainda que não se possa precisar a altura do muro pelas provas colhidas, é plenamente possível afirmar que se tratava de obstáculo que oferecia grande dificuldade à subtração, pois o próprio apelante confessou que só viu a janela aberta quando saltou o muro, o que reforça a conclusão de que ele se valeu de considerável esforço físico (duplo, porque ele também pulou a janela para entrar na casa) para obter êxito na consumação do delito" (fls. 47-49).

Acerca do reconhecimento da qualificadora relativa à escalada, para melhor elucidação da *quaestio*, devem ser analisados os artigos 158 e 167 do Código de Processo Penal, os quais dispõem, *in verbis*:

"Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Depreende-se do teor dos aludidos dispositivos legais que a perícia é imprescindível para comprovação das infrações que deixam vestígio, podendo ser suprida por prova testemunhal quando aquele tiver desaparecido.

In casu, por estar inserido o furto cometido com escalada dentre os crimes mencionados no art. 158 do *Codex Processual Criminal*, há a necessidade do exame de corpo de delito para a caracterização da qualificadora, consoante o escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, veja-se:

"Se o crime deixa vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito (art. 158 do 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" (Código Penal Comentado, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 676).

Ainda do mesmo doutrinador, transcreve-se o comentário relativo ao art. 171 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

"Art. 171 - Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à 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.

59. Furto qualificado: refere-se a lei especificamente ao furto qualificado, nada impedindo que outra figura típica qualquer, prevendo a mesma situação, possa valer-se do disposto neste artigo do Código de Processo Penal. É imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis. O mesmo se diga do furto cometido mediante escalada, ainda que, nesta hipótese, os rastros do crime possam ter desaparecido ou nem ter existido. Tal ocorrência não afasta, em nosso entender, a realização da perícia, pois o lugar continua sendo propício para a verificação. Ex.: caso o agente ingresse em uma casa pelo telhado, retirando cuidadosamente as telhas, recolocando-as depois do crime; pode ser que a perícia não encontre os vestígios da remoção, mas certamente conseguirá demonstrar que o local por onde ingressou o ladrão é alto e comporta a qualificadora da escalada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sabe-se, por certo, que tal não se dá quando o agente salta um muro baixo, sem qualquer significância para impedir-lhe a entrada, algo que a perícia tem condições de observar e atestar. Por isso, as testemunhas somente podem ser aceitas para suprir a prova pericial, no caso da escalada, quando for para indicar o percurso utilizado pelo agente para ingressar na residência, mas não para concluir que o lugar é, de fato, sujeito à escalada, salvo se a casa tiver sido, por alguma razão, demolida. Em síntese, pois, o exame pericial é indispensável nesses dois casos (destruição ou rompimento de obstáculo e escalada), podendo ser suprido pela prova testemunhal somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo e o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos" (Código de Processo Penal Comentado, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 388 e 389).

LUIZ FLÁVIO GOMES e ROGÉRIO SANCHES CUNHA salientam a necessidade da realização da perícia, a fim de averiguar a ocorrência, ou não, de esforço fora do comum por parte do agente, para caracterizar a qualificadora em questão, veja-se:

Para o reconhecimento da qualificadora exige-se, ainda, que a escalada seja fruto de um esforço fora do comum por parte do agente, não bastando a mera transposição de obstáculo facilmente vencível (ex: saltar muro baixo). Por essa razão, em que pese corrente em sentido contrário, pensamos imprescindível a perícia, a qual atestará (ou não) a dificuldade enfrentada pelo agente. (Direito Penal, Parte Especial, vol. 3, RT:SP, p. 125)

Com efeito, a perícia poderia informar precisamente a altura do muro em questão, assim como outras características do acesso pelo agente ao local furtado, evidenciando a existência, ou não, de maior esforço por parte do criminoso, necessárias à comprovação da qualificadora da escalada.

Nesse contexto, decidindo como decidiu, o Sodalício impugnado foi contra os ensinamentos da doutrina e a jurisprudência desta Corte Superior, que tem orientado no sentido da indispensabilidade da realização de laudo técnico, assinado por dois peritos oficiais ou por duas pessoas idôneas, estas obrigatoriamente portadoras de diploma de nível superior, sempre que a infração deixar vestígios e estes não houverem desaparecido - como ocorre no caso em comento - consoante preconizado pelo art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

159, *caput* e § 1º, do CPP.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. MODUS OPERANDI. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA, NESSE PONTO, PARA EXASPERAR A PENA-BASE. REGIME PRISIONAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O exame de corpo de delito é indispensável para a comprovação da materialidade delitiva, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos. Precedentes.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 12 (doze) dias-multa" (HC n. 126.195/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25-10-2011).

Ainda sobre o tema, cita-se:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ABRANDAMENTO. PLEITO NÃO SUBMETIDO AO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA.

I. Para a configuração da qualificadora do furto pela escalada, é necessária a realização do exame pericial, nos termos do art. 171 do Código de Processo Penal. Precedentes.

[...]

V. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida" (HC n. 182.769/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 13-09-2011).

Por fim, veja-se o seguinte *decisum*:

"HABEAS CORPUS". FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. LO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. COAÇÃO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos delitos de furto, a qualificadora de escalada 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 para verificação da altura do muro e tal providência não foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tomada.

3. Coação ilegal caracterizada.

4. Ordem concedida para, cancelada a qualificadora da escalada, reduzir as penas do paciente a dois anos de reclusão e quinze dias-multa, fixado o regime prisional semiaberto.

(HC 138.961/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

Assim, não tendo havido o desaparecimento dos vestígios da escalada, inviável utilizar-se de provas testemunhais, documentais ou até mesmo da confissão do réu para corroborar a configuração da qualificadora do inciso II do § 4º do art. 155 do Estatuto Repressivo, por não se enquadrar a hipótese dos autos àquela prevista no art. 167 do CPP, que autoriza a suavização da regra do art. 158 do CPP, ao permitir o suprimimento da prova técnica pela testemunhal, pois incorreu na espécie o desaparecimento dos vestígios.

Diante do exposto, concede-se a ordem para afastar a qualificadora inserta no inciso II do §4º do art. 155 do Código Penal, determinando-se ao Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG que redimensione a reprimenda imposta ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0075461-0

HC 202.670 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024100007178 2410000717842 71784220108130024

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JONATHA DE SOUZA FREIRE

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.