

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 347.801 - MS (2016/0019686-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : JACKSON BARBOZA DELMONDES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por JACKSON BARBOZA DELMONDES, contra decisão monocrática, de minha lavra, que denegou a ordem de *habeas corpus*.

Foi o agravante denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, porque, em 22 de agosto de 2012, subtraiu, para si, com emprego de chave falsa, coisa alheia móvel, consistente em materiais de informática do interior da empresa Futurista Informática.

Superadas as demais fases processuais, o réu foi condenado, nos moldes da incoativa, à pena de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Em sessão de julgamento realizada em 15 de dezembro de 2014, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara de Direito Criminal, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 180):

APELAÇÃO - PENAL - FURTO QUALIFICADO - EMPREGO DE CHAVE FALSA - FECHADURA DANIFICADA - DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL REGIME PRISIONAL - RÉU REINCIDENTE - RIGOR NECESSÁRIO - NÃO PROVIMENTO.

Demonstrando a prova testemunhai que houve emprego de chave falsa para abertura da fechadura, que restou danificada, é de rigor a manutenção da qualificadora, sendo desnecessária a elaboração de laudo pericial à caracterização da majorante.

Ainda que a sanção definitiva reste estabelecida em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, cabível a imposição do regime inicial

Superior Tribunal de Justiça

fechado ao acusado reincidente e que ostenta outras circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a correta aplicação da lei penal.

Opostos embargos infringentes, foram rejeitados nestes termos (e-STJ fl. 231):

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA - EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA PRESCINDIBILIDADE DE PROVA PERICIAL - QUALIFICADORA COMPROVADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA RECURSO REJEITADO.

I - Pelo princípio do livre convencimento motivado (artigo 93, IX, da CF), o magistrado tem a faculdade de apreciar livremente as provas dos autos, devendo apenas indicar os fundamentos em que se baseou. Não há prova com valor absoluto e, conseqüentemente, não há hierarquia entre as provas, razão pela qual a comprovação da qualificadora do emprego de chave falsa prescinde de prova pericial quando presentes outros meios de prova que atestem seguramente a presença de tal fato.

II - Recurso rejeitado.

No Superior Tribunal de Justiça, sustentou a Defensoria Pública a necessidade de prova pericial para a aplicação da qualificadora prevista no inciso III do § 4º do art. 155 do Código Penal. Destacou que "não restou demonstrada a impossibilidade de realizar a perícia no local a averiguação. Pelo contrário, ficou certo nos autos que havia vestígios no local do delito, de modo que o exame pericial seria indispensável para o reconhecimento da qualificadora" (e-STJ fl. 5).

Diante disso, pediu, liminar e definitivamente, fosse afastada a qualificadora mencionada e redimensionada a sanção aplicada ao paciente.

Nesta oportunidade, reitera a defesa que a qualificadora descrita no art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal "deve ser afastada, ante a ausência de realização de exame pericial" (e-STJ fl. 333). Diante disso, pede, a reconsideração da decisão monocrática ou, caso assim não se entenda, a remessa dos autos à Sexta Turma desta Corte e a conseqüente reforma do acórdão local.

É, em síntese, o relatório.

Diante dos argumentos apresentados pela Defensoria Pública, reconsidero a decisão de e-STJ fls. 322/325.

Relativamente à qualificadora em desfile – emprego de chave falsa –, esclarece a doutrina que, "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" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, Revista dos Tribunais: 2009, p. 729).

No caso, entretanto, o paciente afirmou o emprego de chave de fenda para forçar o trinco da porta. As testemunhas, por sua vez, assinalaram apenas que o miolo da fechadura da porta estava danificado (e-STJ fl. 182).

Evidente, portanto, o constrangimento ilegal.

Reparem: embora o delito perpetrado pelo acusado tenha deixado vestígios, tendo em vista que as testemunhas apontaram os danos causados à fechadura da porta, e não obstante os vestígios fossem passíveis de exame pericial, o laudo não foi confeccionado, em manifesto desrespeito ao disposto no art. 167 do Código de Processo Penal. Sendo assim, tendo as instâncias de origem considerado, para evidenciar o emprego de chave falsa, apenas os depoimentos testemunhais e a confissão do acusado, mostra-se imperiosa a exclusão da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal.

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. EMPREGO DE CHAVE FALSA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. PERÍCIA. IMPRESCINDIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. O emprego de chave falsa pode, a depender da hipótese, não deixar vestígios, como, por exemplo, quando se emprega grampo, arame ou chave de feitiço especial para a abertura de fechaduras, sem dano ou arrombamento, de modo que, nesses casos, é dispensável o exame pericial para a caracterização da qualificadora do crime de furto.

2. Uma vez que, além da confissão do réu, a vítima e as

testemunhas afirmaram, sob o crivo do contraditório, que foi encontrada uma chave mixa consistente em um garfo dobrado na ignição do veículo, a incidência da qualificadora prevista no inciso III do § 4º do art. 155 do Código Penal requer a realização de exame pericial, pois a infração deixou vestígio, o que, por imperativo legal, reclama exame de corpo de delito direto.

3. Por haverem as instâncias ordinárias se utilizado apenas da prova testemunhal e da confissão do réu para concluir pela incidência da qualificadora em comento, sem a realização de perícia técnica, impõe-se a sua exclusão.

4. Agravos regimentais não providos.

(AgRg no AREsp 886.475/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 26/09/2016, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO (EMPREGO DE CHAVE FALSA). AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA POR AUSÊNCIA DE PERÍCIA. POSSIBILIDADE. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. READEQUAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - In casu, o eg. Tribunal de origem manteve a qualificadora do emprego de chave falsa com base em depoimentos testemunhais.

Todavia, a substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a realização da perícia, o que não foi demonstrado no presente caso, haja vista que o artefato apreendido poderia ter sido facilmente submetido a perícia, razão pela qual faz-se necessário o afastamento da qualificadora, desclassificando-se a conduta para o tipo legalmente previsto no art. 155, caput, do Código Penal, ou seja, furto simples.

[...]

V - Na espécie, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, o paciente é reincidente, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Contudo, considerando o montante da pena, as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, bem como o disposto pela Súmula n. 269/STJ, admite-se, na presente hipótese, a aplicação do regime semiaberto.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a reprimenda do paciente para 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, pelo delito tipificado no art. 155, caput, do Código Penal, estabelecendo, ainda, o regime inicial semiaberto para o início de

Superior Tribunal de Justiça

resgate da pena.

(HC 404.342/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

Passo, pois, ao redimensionamento da sanção.

Na primeira fase, mantenho a consideração negativa dos antecedentes ao réu e fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda etapa, a reprimenda permanece inalterada, tendo em vista a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição, torno a sanção definitiva em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da pena, pois, embora não supere o patamar de 4 (quatro) anos de reclusão, a reincidência do acusado, somada à presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, impedem a incidência do disposto no enunciado n. 269 da Súmula desta Casa.

Ante o exposto, **reconsidero a decisão de e-STJ fls. 322/325 e concedo a ordem para afastar a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, redimensionando a reprimenda aplicada ao réu a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa, nos termos acima referidos, mantidos os demais termos do acórdão local.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 25 de maio de 2018.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator