

HABEAS CORPUS 99.035 — RS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio
Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Dias Toffoli
Paciente: Eder Rodrigues Schneider
Impetrante: Defensoria Pública da União
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Penal e processual penal. Furto qualificado. Rompimento de obstáculo. Ausência de peritos oficiais. Designação de dois peritos com curso superior. Inocorrência de nulidade. Prescrição em perspectiva. Inadmissibilidade. Aplicação do postulado da insignificância. Bem de pequeno valor. Mínimo grau de lesividade. Tese não submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento por esta Suprema Corte. Supressão de instância. Precedentes.

1. Na espécie, não há que se falar em nulidade no exame realizado por dois peritos com curso superior, visto que devidamente atendidos os requisitos dos arts. 159, § 1º, e 171 do Código de Processo Penal.

2. O Plenário desta Suprema Corte, na repercussão geral por questão de ordem no RE 602.527/RS, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJE de 18 12 2009), reafirmou a jurisprudência no sentido da impossibilidade de aplicação da chamada prescrição antecipada ou em perspectiva por ausência de previsão legal.

3. Não tendo sido submetida ao crivo Superior Tribunal de Justiça a aplicação do princípio da insignificância, não pode esta Suprema Corte, de forma originária, analisar a questão, sob pena de supressão de instância e grave violação às regras de competência.

4. **Habeas corpus** parcialmente conhecido e denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo

Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, nessa parte, indeferir a ordem.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Dias Toffoli, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A título de relatório, adoto as informações prestadas pela assessoria:

Na decisão que implicou o deferimento da medida liminar, constou o seguinte relato (fls. 20 a 22):

Direito instrumental – Organicidade e dinâmica.

Recurso especial – Conhecimento e provimento – Furto qualificado – Rompimento de obstáculo – Laudo – Formalidade legal – Mitigação – Habeas corpus – Liminar – Restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça.

1. A assessoria assim retratou este *habeas corpus*:

O paciente foi condenado, em 16 de dezembro de 2003, pela prática do tipo previsto no art. 155 do Código Penal à pena de dez meses de reclusão, no regime aberto, substituída pela restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de dez dias multa. O juízo, acolhendo a tese da defesa, afastou a qualificadora pertinente ao rompimento de obstáculo, considerando nulo o laudo confeccionado por policiais civis.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação interposta pelo Ministério Público. Reiterou os fundamentos da sentença, acrescentando ser imprescindível a descrição da qualificação técnica dos peritos para afastar eventual impedimento ou circunstância que prejudique a imparcialidade dos profissionais, o que não teria ocorrido. Assentou não haver, no laudo pericial, indicação da metodologia utilizada, consoante exigido pela legislação processual penal.

O Ministério Público interpôs recurso especial – de n. 778.898. Submetido à apreciação da Quinta Turma, foi conhecido e parcialmente provido, determinando se o retorno do processo ao Tribunal de origem, a fim de incluir na condenação a qualificadora do rompimento do obstáculo.

Este *habeas* volta-se contra esse julgado. A impetrante sustenta a nulidade absoluta do exame pericial que serviu de fundamento à inclusão da qualificadora. Acentua que,

nos termos dos arts. 158 e 159 do Código de Processo Penal, nas infrações penais que deixam vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável, devendo ser realizado por dois peritos oficiais e, excepcionalmente, na falta destes, pode o Juiz nomear duas pessoas idôneas para a realização do ato, sendo portadoras de diploma superior e escolhidas, preferencialmente, entre aquelas com aptidão técnica relacionada à natureza do exame. Esses requisitos não teriam sido observados.

Diz da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Esclarece que, considerada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a nova pena-base deverá ser fixada em 2 anos e 3 meses de reclusão, em face da incidência do § 2º do art. 155 do Código Penal e da análise das circunstâncias judiciais. Diminuído 1/3 desse total em razão do reconhecimento da tentativa (Código Penal, art. 14, inciso II), a pena definitiva será fixada em 1 ano e 10 meses de reclusão. Entre a data em que proferida a sentença condenatória – 16 de dezembro de 2003 – e formalizado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça – 13 de abril de 2009 –, transcorreram quase 6 anos. Nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal, estaria prescrita a pretensão punitiva. Sustenta, também, a atipicidade da conduta do paciente, ante o princípio da insignificância, tendo em vista o valor de R\$ 109,00 atribuído à coisa subtraída.

Pede a concessão de liminar visando a determinar se a suspensão dos efeitos da decisão proferida no Recurso Especial 778.898/RS, impedindo-se a execução da condenação até o julgamento final do *habeas*. No mérito, busca a declaração da nulidade do laudo pericial mediante o qual reconhecida a existência da qualificadora pertinente ao rompimento de obstáculo e, conseqüentemente, da prescrição à vista da pena estabelecida na sentença. Se admitida a regularidade da confecção da prova técnica, pleiteia seja declarada a prescrição à vista da pena em abstrato prevista para o tipo, diminuída de um 1/3 em razão da tentativa (Código Penal, art. 14, inciso II). Se não acolhidas as preliminares, pede a absolvição do paciente em face da atipicidade da conduta, aplicando se o princípio da insignificância.

O Defensor Público da União requer seja intimado para a sessão de julgamento do *habeas*, pois pretende realizar sustentação oral.

(...)

Brasília, 15 de maio de 2009.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de fls. 37 a 43, diz da impossibilidade de conhecer se da controvérsia pertinente à aplicação do

princípio da insignificância, porquanto a matéria não teria sido examinada pelo Superior Tribunal de Justiça. A apreciação do tema pelo Supremo constituiria supressão de instância, com desrespeito às regras constitucionais de competência.

No mérito, sustenta estar comprovado que, na ausência de peritos oficiais, designaram-se dois peritos com curso superior. Assim, a alegada inexistência de relação entre a habilitação técnica desses com a natureza do exame realizado bem como de indicação da metodologia utilizada não implica nulidade do laudo, uma vez que a lei não impõe tais obrigatoriedades. Os arts. 159, § 1º, e 171 do Código de Processo Penal indicam, tão somente, uma preferência a ser observada pela autoridade competente para a nomeação dos peritos e a necessidade de descrição das circunstâncias e meios pelos quais o delito foi praticado.

No que concerne à prescrição antecipada/em perspectiva, afirma ser criação doutrinária rechaçada pela jurisprudência do Supremo, por falta de amparo legal. O único cálculo possível seria o da prescrição retroativa pela pena máxima em abstrato, que exigiria o decurso do prazo de doze anos, considerando a pena máxima para o furto na forma qualificada, de oito anos. O lapso temporal ainda não foi ultrapassado entre nenhuma das causas interruptivas.

Lancei visto no processo em 27 de setembro de 2010, liberando o para ser julgado na Turma a partir de 5 de outubro seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Valho-me dos fundamentos lançados pela relatora da apelação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Desembargadora Genacéia da Silva Alberton (fls. 246 a 248 do apenso):

Conforme se verifica dos autos, o auto da fl. 36 é imprestável à prova da qualificadora de que trata o § 4º, inciso I, do art. 155, do Código Penal.

Pelo auto da fl. 36 se constata que o exame pericial foi realizado por Rogério Luis Krinskie Adelton Luís Mocelin, que às fls. 141 e 142 juntaram os respectivos diplomas de curso superior.

Todavia, nem o auto da fl. 36 nem a portaria de nomeação dos peritos da fl. 35 estão de acordo com o disposto no § 1º do art. 159 do Código de Processo Penal, posto que não consta a qualificação dos peritos.

O auto de exame de fl. 36 é o padrão que tem sido costumeiramente utilizado na fase policial, que pode servir para o oferecimento da denúncia, porém não é suficiente como prova pré-constituída.

Na ausência de perícia realizada por perito oficial, a lei admite a realização por pessoas qualificadas. Essa qualificação deve necessariamente constar no

auto pericial. Também deverá constar descrição da metodologia utilizada para a resposta dos quesitos, permitindo, assim, eventual contraditório à resposta dos mesmos.

Atente-se que entende esta Relatora que não é a carência de comprovação de título superior que prejudica a validade da prova pericial, mas, sim, a ausência de qualificação dos peritos leigos e ausência de descrição da metodologia utilizada para resposta dos quesitos.

No que se refere à interpretação do art. 159 do Código de Processo Penal, tenho reiteradamente me manifestado nos seguintes termos:

“A exigibilidade do diploma superior deve ser entendido para os casos em que isso seja necessário, como é a situação de perícia de estruturas, perícias médicas, toxicológicas, químicas, ou seja, perícias que exigem capacitação em área universitária.

Aliás, tenha se presente que o Código de Processo Penal, ao fazer a alteração da redação do art. 159 através da Lei 8.862, nada mais fez do que transportar para o processo penal o que a Lei 7.270/1984 trouxera para o processo civil que, no art. 145, § 1º dispõe: ‘Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente (...)’

E segue o § 2º do mesmo artigo: ‘Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos’.

§ 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.

O Código de Processo Penal ficou a meio caminho, porque exige perito oficial, ou perito com curso superior sem que exija comprovação de que ele está inscrito no órgão profissional que o habilita para a perícia. Portanto, ter apenas curso superior não é suficiente. Um médico, em princípio, não tem qualificação técnica para o exame de verificação de funcionamento de uma arma de fogo embora possua curso superior.

Assim sendo e observando o disposto no art. 3º do CPP, vejo que a interpretação do art. 159 § 1º do CPP deve se harmonizar com o sistema processual como um todo, aproveitando se para a sua leitura aquilo que já está sedimentado na processualística e que não fere garantia do acusado no âmbito penal. A perícia deve ser realizada por pessoa idônea, ou seja, equidistante do órgão instaurador do inquérito, não envolvido com este e que possua capacitação técnica na área onde deve exarar o parecer.

Sintetizando o meu posicionamento acerca do art. 159, § 1º do CPP: não sendo a perícia feita por peritos oficiais, deverá sê-lo por pessoas idôneas, de preferência com curso superior quando a natureza da perícia assim o exigir, com qualificação técnica na área em que vão atuar”.

Nesse sentido, já me manifestei quando do julgamento das Apelações Crime n. 70005194113 e 70005462940, j. em 26 3 2003, e n. 7000562550, j. em 19- 3-2003.

Porque ausente a qualificação dos peritos e a metodologia utilizada na elaboração do “auto de constatação de dano”, no caso concreto, é mantenho (*sic*) a sentença quanto ao afastamento da qualificadora rompimento de obstáculo e a desclassificação do delito para furto simples.

Daí haver deferido a liminar para restabelecer a eficácia do acórdão do Tribunal de Justiça, derradeira instância ordinária, nos seguintes termos:

2. Inicialmente, atentem para a organicidade e a dinâmica do Direito. A atuação do Supremo pressupõe pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Constata se, mediante leitura do acórdão impugnado, haver se apreciado matéria única – a controvérsia sobre o exame pericial. Devem se veicular, no órgão competente, para a análise devida, tanto a prescrição quanto a atipicidade da conduta.

No tocante ao laudo pericial, as normas do Código de Processo Civil (grafia certa: Penal) são imperativas. A forma é essencial à valia do ato, importando o respeito em liberdade considerado o sentido maior. Acresce que o conhecimento de recurso de natureza extraordinária depende, além do atendimento aos requisitos gerais de recorribilidade, da configuração de um dos específicos. Sempre que possível, hão de se observar as decisões proferidas na instância revisora, nos tribunais de justiça, sob pena de estimular-se, cada vez mais, a interposição de recursos, em prejuízo da máquina judiciária.

Concedo a ordem para, dentro dessas balizas, constantes do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, tornar definitiva a liminar.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, vou pedir vênias ao eminente Relator e vou adotar como fundamento de decidir o parecer do eminente Subprocurador Geral Wagner Gonçalves, no sentido de não conhecer, em parte, do *habeas corpus*, no que diz respeito à alegação do princípio da insignificância, porque isso não foi analisado na instância anterior, e de placitar a perícia feita, porque foram atendidos os requisitos dos arts. 159, § 1º, e 171 do CPP – a perícia foi feita por dois peritos com curso superior.

No mais, adoto o parecer que Vossas Excelências têm em mão para, pedindo vênias mais uma vez ao Relator, denegar a ordem, Senhor Presidente.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu também peço vênias ao Ministro Relator, mas acompanho a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Vou pedir vênia também ao Ministro Relator para acompanhar a divergência. Também me louvo no parecer do Ministério Público.

EXTRATO DA ATA

HC 99.035/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Eder Rodrigues Schneider. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus*, mas, nesta parte, indeferiu a ordem, vencido o Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Compareceu à sessão o Ministro Ayres Britto para julgar processo a ele vinculado. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 5 de outubro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.