



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000320573

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500924-52.2020.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que são apelantes/apelados JENNIFER DA SILVA TEIXEIRA e JULIO CESAR APARECIDO ZANGARELLI, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastaram a preliminar arguida e, no mérito, negaram provimento ao apelo do réu Júlio César e deram parcial provimento aos apelos Ministerial e da defesa da ré Jennifer da Silva, para recrudescer a pena e o regime prisional do réu Júlio César, que passa a ser de 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, regime fechado, além de 18 (dezoito) dias-multa, diária mínima, bem como reconhecer em favor da ré Jennifer da Silva a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante genérica do etarismo, redimensionando a sua pena para 03 (três) anos de reclusão, regime aberto e 15 (quinze) dias-multa, no piso, mantida, quanto ao mais, a sentença condenatória. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1500924-52.2020.8.26.0319

Apelantes: Júlio César Aparecido Zangarelli

Jennifer da Silva Teixeira

Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: Os mesmos

Origem: 2ª Vara da Comarca de Lençóis Paulista

MM. Juiz de Direito: Mario Ramos dos Santos

Voto n. 12.548

APELAÇÕES MINISTERIAL E DEFENSIVA. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO, PELA FRAUDE E PELO CONCURSO DE AGENTES. (1) PRELIMINAR. ALEGADA NULIDADE PROCESSUAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). NEGÓCIO JURÍDICO PRÉ-PROCESSUAL ENTRE O ÓRGÃO ACUSADOR E O INVESTIGADO. DESÍDIA DA RÉ EM COMPARECER AOS ATOS PROCESSUAIS QUE EVIDENCIA SEU DESINTERESSE NO ACORDO. (2) MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS. (3) PALAVRA DE AGENTE PÚBLICO VÁLIDA E COESA COM AS PROVAS DOS AUTOS. (4) RÉU QUE CONFESSOU A PRÁTICA DO CRIME E DELATOU A COMPARSA. VALIDADE. (5) QUALIFICADORAS DA FRAUDE E DO CONCURSO DE AGENTES BEM DELINEADAS. (6) CRIME DE FURTO CONSUMADO. (7) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (8) DOSIMETRIAS. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS QUALIFICADORAS, SENDO UMA PARA INAUGURAR AS PENAS-BASE E A OUTRA PARA EXASPERÁ-LAS. (9) REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. (10) RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. (11) RECONHECIDA A AGRAVANTE GENÉRICA DO ETARISMO. VÍTIMA MAIOR DE 60 (SESSENTA) ANOS. (12) REGIME FECHADO É O QUE MELHOR SE AJUSTA AO CASO DOS AUTOS PARA UM DOS DOIS RÉUS. RÉU PORTADOR DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA E MULTIRREINCIDENTE ESPECÍFICO. (13) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PARA UM DOS RÉUS, DADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS E ANTE A SUA REINCIDÊNCIA. (14) DESCABE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ALTERAR A PENA DE MULTA POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. JUÍZO DE DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. PENA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. (15) IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO DO RÉU JÚLIO CÉSAR E PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA RÉ JENNIFER DA SILVA.

1. Preliminar de nulidade processual diante do não oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal. O acordo de não persecução penal (ANPP) é um negócio jurídico pré-processual entre o órgão acusador e os investigados, com assistência de seu defensor, objetivando uma via alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma despenalizadora com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ao contrário do que se pode imaginar, o mencionado acordo não é um direito subjetivo do investigado, mas sim uma faculdade conferida ao Ministério Público, à luz do sistema acusatório, a quem compete o exame a respeito do preenchimento dos requisitos legais para a propositura do acordo. Aliás, o art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, é claro ao dispor que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições". Ausência de direito subjetivo do investigado. Precedente do STF (Inq 4.921-RD-octingentésimo vigésimo nono/DF – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Tribunal Pleno - j. em 30/05/2023 – DJe de 19/06/2023). Embora seja incontroversa a natureza negocial do acordo de não persecução penal (ANPP) e que a sua propositura não é direito subjetivo do investigado, a lei processual penal, no art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal, resguardou a possibilidade de, no caso de recusa por parte do Ministério Público, permitir ao investigado a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público. Precedente do STF (HC 194.677/SP - Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma – j. em 11/05/2021 - DJe de 13/08/2021). Outrossim, ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça entendem pela possibilidade de remessa, para o órgão superior do Ministério Público, dos autos em que houve a recusa da proposta de acordo de não persecução penal, desde que o pedido de revisão não seja manifestamente inadmissível, haja vista que o simples pedido de revisão não implica na remessa automática dos autos. Precedentes do STJ (HC 657.165/RJ – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 09/08/2022 – DJe de 18/08/2022; HC 664.016/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 17/12/2021; AgRg no REsp 1.948.350/RS – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 09/11/2021 – DJe de 17/11/2021 e HC 668.520/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 10/08/2021 – DJe de 16/08/2021). Ocorre que, no caso em tela, o Ministério Público deixou de ofertar o acordo de não persecução penal (ANPP) ante a desídia da ré em comparecer aos atos processuais, a denotar o seu desinteresse no acordo.

2. Materialidade e autorias comprovadas com relação ao crime de furto duplamente qualificado e consumado, sobretudo pela palavra da testemunha arrolada pela acusação, em Juízo, bem

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

como pela confissão do réu e sua delação.

3. A confissão, de fato, não é prova dotada de caráter absoluto (aliás, no sistema processual penal em vigor, nenhuma prova tem esse caráter). Todavia, é importante elemento a ser considerado pelo julgador na formação do seu convencimento. Quando a confissão estiver em conformidade com os demais elementos dos autos, como ocorre neste caso, serve, sim, de supedâneo à prolação do édito condenatório, sobretudo se coligida em sede judicial. No caso, nada existe a indicar que as confissões não tenham sido firmes e sinceras.

4. Validade dos depoimentos de policiais. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023; HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/07; HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996 e HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. em 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998) e do STJ (HC 926.476/SP – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 22/10/2024 – DJe de 25/10/2024; AgRg no HC 860.201/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 17/6/2024 – DJe de 20/6/2024; AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuino Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/8/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

5. Fraude. No duro, a qualificadora prevista no art. 155, §4º, II,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

do Código Penal (fraude), consiste na utilização de artifício, de estratagemas ou ardis para vencer a vigilância da vítima, vale dizer, trata-se de manobra enganosa para ludibriar a confiança existente em uma relação interpessoal, destinada a induzir ou a manter alguém em erro, com a finalidade de atingir o objetivo criminoso. Assim, caracteriza o meio fraudulento qualquer artimanha utilizada para provocar a desatenção ou distração da vigilância, para facilitar a subtração da coisa alheia. De mais a mais, embora a fraude seja característica inerente ao crime de estelionato, aquela que qualifica o furto não se confunde com a deste, porquanto a fraude burla a vigilância da vítima, que, assim, não percebe que a "res" lhe está sendo subtraída, enquanto no estelionato, ao contrário, a fraude induz a vítima a erro. Inteligência da Doutrina de Cezar Roberto Bitencourt. No caso concreto, os réus dirigiram-se à residência da vítima e solicitaram água, sendo convidados por ela a entrar no imóvel. Aproveitando-se do momento em que a vítima se ausentou para buscar a água, os réus subtraíram o seu cartão bancário juntamente com a senha. Posteriormente, utilizaram o cartão para efetuar saques e realizar compras. É evidente que os réus empregaram um artifício fraudulento - a alegada necessidade por água - para distrair a vítima e, assim, subtrair o cartão bancário e a respectiva senha, obtendo acesso aos valores da sua conta bancária, tal como comprovado pelo depoimento judicial da testemunha arrolada pela acusação.

6. Concurso de agentes. A qualificadora prevista no art. 155, §4º, IV, do Código Penal, está presente, porque no crime em testilha houve a participação de mais de um indivíduo, todos vinculados psicologicamente para a prática criminosa, em prévia divisão de tarefas, tal como restou claro pela prova oral judicial.

7. Crime de furto consumado. O crime de furto consuma-se independentemente de ter havido recuperação da "res furtiva" por parte da vítima ou, mesmo, do estabelecimento comercial vítima, porque o crime de furto, que é crime contra o patrimônio, consuma-se com a mera posse da coisa alheia móvel, não interessando se o agente a retirou da esfera de disponibilidade da vítima ou se teve a posse tranquila e desvigiada, menos ainda se foi perseguido pela vítima ou mesmo por agentes da Lei. Precedentes do STF (HC 135.674/PE - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Segunda Turma - j. 27/07/2016 - DJe 13/10/2016; HC 114.329/RS - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma - j. 01/10/2013 - DJe 18/10/2013; HC 113.563/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Primeira Turma - j. 05/02/2013 - DJe 19/03/2013; HC 92.922/RS - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. 19/05/2009 - DJe 12/03/2010 e HC 95.398/RS - Rel. MIN. CÁRMEN LÚCIA - Primeira Turma - j. 04/08/2009 - DJe 04/09/2009) e do STJ (AgRg no REsp n. 1.988.080/CE - Rel. Min. Messod Azulay Neto - Quinta Turma - j. em 13/3/2023 - DJe de 27/3/2023; AgRg no HC n. 778.116/SP - Rel. Min. Laurita Vaz - Sexta Turma - j. em 13/3/2023 - DJe de 23/3/2023; AgRg no HC 737.649/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. 25/10/2022 - DJe 04/11/2022; AgRg no REsp 1.951.407/RJ - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - Sexta Turma - j. 11/10/2022 - DJe 14/10/2022; AgRg no HC n.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

755.713/SP – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Sexta Turma – j. em 27/9/2022 - DJe de 4/10/2022; AgRg no REsp 2.004.495/GO - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma - j. 09/08/2022 - DJe 16/08/2022; AgRg no HC 601.323/SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. 25/05/2021 - DJe 31/05/2021). A propósito, no que diz respeito ao STJ, ele firmou a tese jurídica, para os fins do art. 543-C, do Código de Processo Civil: "Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da ?resfurtiva?, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada" (REsp 1.524.450/RJ – Rel. Min. Nefi Cordeiro - j. 14.10.2015).

8. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

9. Na dosimetria das penas dos réus devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possa calibrar as penas em conformidade com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico.

10. Penas-base fixadas acima do mínimo legal, mercê da existência de circunstância judicial negativa aferida pela maior culpabilidade da ação, valorada pela presença de duas qualificadoras (fraude e concurso de agentes), sendo aplicável apenas uma para inaugurar a qualificadora e a outra para fins de exasperação das penas. Doutrina de Guilherme de Souza Nucci e Victor Eduardo Rios Gonçalves, ainda estão presentes os Precedentes do STF (RHC 185.560/SP - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Segunda Turma - j. 08/09/2020 - DJe 17/09/2020 e AgR HC 145.000/SP - Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. 04/04/2018 - DJe 17/04/2018) e do STJ (AgRg no REsp 2.001.502/RS - Rel.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. 11/10/2022 - DJe 18/10/2022 e HC 448.053/TO - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. 14/05/2019 - DJe 21/05/2019).

11. Descabe a redução do exasperamento conferido às penas-base, uma vez que o Juízo de Origem sentenciante possui o livre convencimento para exasperar as penas basilares, exigindo-se apenas que o faça de forma fundamentada. Precedentes do STJ (AgRg no HC 799.939/SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma - j. 28/2/2023 - DJe de 6/3/2023; AgRg no AgRg no AREsp 2.075.795/RS - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma - j. 14/09/2022 - DJe de 21/09/2022 e HC 519.436/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. 5/11/2019 - DJe de 12/11/2019).

12. Reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea para a ré, ainda que ofertada em solo inquisitivo, uma vez que também foi utilizada para o convencimento do Juízo de Origem, em conformidade com a Súmula n. 545, do Superior Tribunal de Justiça.

13. Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna. A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 453.000-RG/RS - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Tribunal Pleno - j. em 04/04/2013 - DJe de 03/10/2013).

14. Reincidência e confissão. A circunstância agravante da reincidência deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, em estrita observância ao disposto no art. 67, do Código Penal. Precedentes do STF (HC 174.158/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. em 11/05/2020 - DJe de 22/06/2020; HC 105.543/MS - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma - j. em 26/05/2014 - DJe de 27/05/2014; RHC 118.107/MG - Rel. Min. TEORI ZAVASCKI - Segunda Turma - j. em 29/05/2014 - DJe de 30/05/2014; RHC 120.677/SP - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Segunda Turma - j. em 01/04/2014 - DJe 02/04/2014 e RHC 115.994/DF - Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA - Segunda Turma - j. em 02/04/2013 - DJe de 17.04.2013). Inteligência da doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Victor Eduardo Rios Gonçalves.

15. Reconhecida a agravante do etarismo (art. 61, II, "h", do Código Penal), porquanto os réus cometeram o crime contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos. Não subsiste alegação da ausência de vulnerabilidade, porque se trata de uma agravante objetiva. Para a sua configuração, basta que a vítima tenha idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. É importante ressaltar que o conhecimento do autor sobre a idade precisa da vítima é prescindível, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida por lei. Precedentes do STJ (AgRg no HC 798.897/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. 27/4/2023 - DJe de 3/5/2023; HC 403.574/AC - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma - j. 17/5/2018 - DJe de 30/5/2018 e HC 405.214/SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. 3/10/2017 - DJe de 16/10/2017) e do TJSP (Ap. 1500837-54.2023.8.26.0396 -

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto - 13ª C. - j. 08/03/2024 – Dje 08/03/2024; Ap 1501536-51.2022.8.26.0567 – Rel. Des. Freddy Lourenço Ruiz Costa - 8ª C. – j. 28/11/2023 – Dje 28/11/2023 e Ap. 1502092-04.2021.8.26.0530 - Rel. Des. Adilson Paukoski Simoni - 10ª C – j. 31/03/2023 – Dje 31/03/2023).

16. Regime prisional estabelecido no semiaberto pelo Juízo "a quo", para o réu, mercê da circunstância judicial desabonadora e da multirreincidência específica. A jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais gravoso para o réu que ostente circunstância judicial negativa ou reincidente (caso dos autos). Precedentes do STF (HC 217.347 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022; RHC 213.544 AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022; HC 216.154 AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022; RHC 210.394 AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022) e do STJ (AgRg no HC 740.038/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022; AgRg no HC 604.483/SP – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020). Daí o acerto do requerimento Ministerial, impondo-se o fechado, dada a multirreincidência do réu, inclusive específica.

17. Regime aberto, nos termos do art. 33, §2º, "c", do Código Penal, para a ré, bem como a substituição da pena corporal por uma restritiva de direito, consistentes em prestação pecuniária, e multa. Inteligência do art. 44, §2º, do Código Penal.

18. Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para o réu, pois ostenta circunstância judicial negativa e é reincidente, mercê da vedação constante no art. 44, II, III e §3º, do Código Penal.

19. Não é caso de rever a pena de multa por uma restritiva de direito, como requereu o "Parquet", porque tenho entendido que essa preferência está sujeita à discricionariedade do Magistrado, que tem a liberdade de determinar a pena mais adequada para o caso específico. E, no caso em tela, o Juízo de Origem entendeu ser socialmente recomendável a fixação de uma restritiva de direito e multa, o que encontra amparo no art. 44, §2º, do Código Penal.. Precedentes do STJ (HC 821.707/SC - Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. 10/12/2024 - DJe de 17/12/2024 e AgRg no AREsp 1.994.198/SC - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma – j. 29/3/2022 - DJe de 31/3/2022).

20. Improvimento do apelo defensivo do réu e parcial provimento dos apelos Ministerial e da defesa da ré.

VOTO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Júlio César Aparecido Zangarelli e Jennifer da Silva Teixeira foram denunciados como incurso nas penas do art. 155, §4º, II e IV, combinado com o art. 61, II, "h", ambos do Código Penal (fls. 82/84).

A denúncia foi recebida na data de 08 de julho de 2021 (fls. 89).

Sobreveio audiência de instrução, debates e julgamento e, ao final, julgada procedente a ação penal, viram-se os réus condenados nos termos da denúncia, nos seguintes termos (277/284):

a) Júlio César, à pena de 03 (três) anos de reclusão, regime semiaberto e 14 (quatorze) dias-multa, diária mínima; e

b) Jennifer da Silva, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, regime aberto, além de 11 (onze) dias-multa, no piso, substituída a pena corporal por uma restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, em favor do Hospital Nossa Senhora da Piedade, e 10 (dez) dias-multa, no piso, sem prejuízo dos dias-multa já fixados.

Recorreu o **Ministério Público**, pleiteando a parcial reforma da sentença condenatória, para que seja redimensionada a pena do réu Júlio César, na segunda fase da dosimetria, em razão da plurirreincidência específica e a fixação do regime prisional mais gravoso. Já para a ré Jennifer da Silva, requereu a fixação de duas penas restritivas de direitos (fls. 319/331).

As **defesas dos réus** apresentaram as suas contrarrazões e requereram o não provimento do recurso Ministerial (fls. 365/368 e 369/374).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Irresignada, recorreu a **defesa da ré Jennifer da Silva**, pleiteando, em sede de preliminar, a nulidade da sentença, mercê da não realização do ANPP, sob o argumento de que o "Parquet" deixou de apresentar o acordo sem qualquer motivação legal, nulidade essa que afeta o oferecimento da denúncia e todos os atos posteriores. No mérito, requereu a absolvição imprópria, alegando ser usuária de entorpecentes e que agiu sob a influência de tais substâncias. Alternativamente, pugnou **(a)** pelo decote da qualificadora da fraude, porquanto a vítima não foi ludibriada; **(b)** pela redução da exasperação conferida à pena-base, por considerá-la excessiva; **(c)** pelo reconhecimento da confissão espontânea e seus efeitos no abatimento da pena e **(d)** pelo afastamento da agravante do etarismo, entendendo não ser a vítima pessoa vulnerável (fls. 290/305).

Recorreu a **defesa do réu Júlio César**, requerendo a sua absolvição, com base na carência de provas. Subsidiariamente, pleiteou **(a)** o afastamento da qualificadora da fraude; **(b)** a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e **(c)** a fixação de regime prisional mais brando (fls. 357/364).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões de apelação, pugnando pelo improvimento dos recursos interpostos pelas defesas, mantendo-se a sentença condenatória, com exceção das questões levantadas em sede da apelação Ministerial (fls. 379/386).

Chamada à fala, a **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo integral desprovimento do recurso apresentado pela defesa do réu Júlio César e pelo parcial provimento dos recursos Ministerial e da defesa da ré Jennifer da Silva, para que seja redimensionada a pena do réu Júlio César e recrudescido o seu regime prisional, bem como o reconhecimento da confissão espontânea, ofertada em solo policial, e sua compensação com a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

agravante genérica do etarismo, no que diz respeito ao pleito da ré Jennifer da Silva (fls. 395/412).

É o relatório.

Inicialmente, faz-se necessário o afastamento da preliminar de nulidade processual arguida pela defesa da ré Jennifer da Silva.

Aventou a defesa da ré, em sede preliminar, a nulidade processual, em razão da recusa imotivada da acusação quanto ao oferecimento de acordo de não persecução penal (ANPP).

Sem razão, contudo.

O acordo de não persecução penal (ANPP), inserido pela Lei n. 13.964/19 (conhecida por "Pacote Anticrime"), nada mais é do que um instrumento de solução negociada de conflitos na esfera penal e está previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal:

"Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada."

Embora introduzido na legislação processual penal no ano de 2019, o modelo de solução negociada já era previsto na Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (com as alterações promovidas pela Resolução n. 183/2018, do CNMP) para as hipóteses de crimes menos graves, tendo por objetivo dar maior celeridade e economia processual. Era o conhecido procedimento investigatório criminal (PIC).

No caso do acordo de não persecução penal (ANPP), a sua natureza é de negócio jurídico pré-processual entre o órgão acusador e os investigados, com assistência de seu defensor, objetivando uma via alternativa à propositura de ação penal. Ou seja: no duro, trata-se de norma despenalizadora com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Ao contrário do que se pode imaginar, o mencionado acordo não é um direito subjetivo do investigado, mas sim uma faculdade do Ministério Público, à luz do sistema acusatório, a quem compete o exame a respeito do preenchimento dos requisitos legais para a propositura do acordo. A esse respeito trago as considerações do **Min. ALEXANDRE DE MORAES**, da CORTE SUPREMA:

"A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, I, consagrou o sistema acusatório no âmbito de nossa Justiça Criminal, concedendo ao Ministério Público a privatividade na propositura da ação penal pública. Durante esses pouco mais de 34 anos de vigência de nossa Carta Magna, as legislações penais e processuais penais foram se adaptando a essa nova realidade. Em um primeiro momento, não recepcionando as normas anteriores que mantinham exceções à titularidade do *Parquet* - como nas hipóteses de ações penais por *contravenções e crimes culposos* - e, posteriormente, com a aprovação de inovações legislativas que ampliaram as possibilidades de atuação do Ministério Público na persecução penal em juízo.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

A construção desse novo sistema penal acusatório gerou importantes alterações na atuação do Ministério Público, que antes estava fixada na obrigatoriedade da ação penal. Novos instrumentos de política criminal foram incorporados para racionalizar a atuação do titular da ação penal, transformando a antiga obrigatoriedade da ação penal em verdadeira discricionariedade mitigada. Assim ocorreu, inicialmente, com as previsões de transação penal e suspensão condicional do processo pela Lei 9.099/95, depois com a possibilidade de '*delação premiada*' e, mais recentemente com a Lei 13.964/19 ('Pacote anticrime'), que trouxe para o ordenamento jurídico nacional a possibilidade do 'acordo de não persecução penal'. Dessa maneira, constatada a materialidade da infração penal e indícios suficientes de autoria, o titular da ação penal deixou de estar obrigado a oferecer a denúncia e, conseqüentemente, pretender o início da ação penal. O Ministério Público poderá, dependendo da hipótese, deixar de apresentar a denúncia e optar pelo oferecimento da transação penal ou do acordo de não persecução penal, desde que, presentes os requisitos legais.

Essa opção ministerial encaixa-se dentro desse novo sistema acusatório, onde a obrigatoriedade da ação penal foi substituída pela discricionariedade mitigada; ou seja, respeitados os requisitos legais o Ministério Público poderá optar pelo oferecimento do acordo de não persecução penal, dentro de uma legítima opção da própria Instituição que titulariza, com exclusividade, a iniciativa de propositura da ação penal.

Ausentes os requisitos legais, não há opção ao Ministério Público, que deverá oferecer a denúncia em juízo.

Entretanto, se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, tampouco garante ao acusado o direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* que, de forma devidamente fundamentada, exerça a opção entre oferecer a denúncia ou o acordo de não persecução penal, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição, a qual deve levar em consideração todos os aspectos relevantes, conforme já reconhecido pelo PLENÁRIO DESSA SUPREMA CORTE (PET 9456/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, 28/04/2021)

Foi exatamente o ocorrido no presente caso.

O art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público '*poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições*'.

As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal, porém não suficientes para concretizá-lo, pois mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o acordo de não persecução penal não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Não cabe, inclusive, ao Poder Judiciário se imiscuir na esfera de atuação do órgão acusador, seja para obrigá-lo, seja para proibi-lo de oferecer o acordo de não persecução penal, por se tratar inclusive de instrumento extraprocessual, cabendo ao julgador apenas a verificação do atendimento aos requisitos legais, da voluntariedade do agente e da adequação, suficiência e proporcionalidade dos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

termos do acordo.

Nesse sentido, os ensinamentos de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ALBERTO ZACHARIAS TORON e GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, ao afirmarem que:

'Segundo o previsto no caput do art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal poderá ser proposto pelo Ministério Público, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Esta é uma cláusula aberta, que permite ao Ministério Público deixar de propor o acordo em casos em que, não obstante o preenchimento dos demais requisitos legais previstos no art. 28-A do CPP, o acordo não cumpriria as funções atribuídas à pena, que são a reprovação e a prevenção do crime.

Neste caso, quando as circunstâncias revelarem a impropriedade do acordo, o Ministério Público deve motivadamente justificar o não oferecimento do acordo, expondo as razões concretas para tanto' (Código de processo penal comentado [livro eletrônico] - 4. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

Trata-se, portanto, de importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro, **não constituindo direito subjetivo do acusado**. Neste sentido, é o posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, conforme se vê seguintes julgados, de minha relatoria: HC 212.806 (DJe de 14/3/2022); RHC 198.981 (Primeira Turma, DJe de 24/3/2021); HC 195.327 (Primeira Turma, DJe de 26/2/2021); HC 206.876 (Primeira Turma, DJe de 18/11/2021); HC 191.124 AgR (Primeira Turma, DJe de 13/4/2021), este último assim ementado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE.

1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.

2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público 'poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições'.

3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020).

4. Agravo Regimental a que nega provimento.'."

(STF – Inq 4.921-RD-octingentésimo vigésimo nono/DF – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Tribunal Pleno – j. em 30/05/2023 – DJe de 19/06/2023).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Todavia, embora seja incontroversa a natureza negocial do acordo de não persecução penal (ANPP) e que a sua propositura não é direito subjetivo do investigado, a lei processual penal, no art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal, resguardou a possibilidade de, no caso de recusa por parte do Ministério Público, permitir ao investigado a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, a saber:

"§14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código."

A Segunda Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já entendeu pela possibilidade:

"Habeas corpus. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. 3. **Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, §14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal.** 4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal." (STF – HC 194.677/SP – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 11/05/2021 – DJe de 13/08/2021).

Outrossim, ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça entendem pela possibilidade de remessa, para o órgão superior do Ministério Público, dos autos em que houve a recusa da proposta de acordo de não persecução penal, desde que o pedido de revisão não seja manifestamente inadmissível, haja vista que o simples pedido de revisão não implica na

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

remessa automática dos autos, a saber:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, §14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse público - consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal - e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, §14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado - o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial - haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o Parquet caso admitisse a prática da conduta apurada.

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual 'o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução' (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: 'A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinião delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal'.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do Parquet.

6. **No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, §14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.**

7. **Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça - bem como todos os atos processuais a ela posteriores - e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, §14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição."**

(STJ – HC 657.165/RJ – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 09/08/2022 – DJe de 18/08/2022);

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PLEITO DE REMESSA AUTOMÁTICA DOS AUTOS PARA A INSTÂNCIA DE REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 28-A, §14, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 28, CAPUT, DO MESMO DIPLOMA NORMATIVO, CUJA REDAÇÃO A SER OBSERVADA É AQUELA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI N. 13.964/2019. MEDIDA CAUTELAR NA ADI N. 6.298/DF QUE SUSPENDEU A EFICÁCIA DA NOVA REDAÇÃO LEGAL. PEDIDO DE REVISÃO A SER FORMULADO PERANTE O JUÍZO, O QUAL PODERÁ REJEITAR O ENVIO DOS AUTOS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA A CELEBRAÇÃO DO AJUSTE. NECESSIDADE DE CONFERIR EFETIVIDADE À DECISÃO PROFERIDA PELA SUPREMA CORTE. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO.**

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que cabe ao Ministério Público avaliar, fundamentadamente, se é cabível, no caso concreto, propor o acordo de não persecução penal. Desse modo, o referido negócio jurídico pré-processual não constitui direito subjetivo do investigado.

2. A Lei n. 13.964/2019, ao incluir o §14º no art. 28-A do Código de Processo Penal, garantiu a possibilidade de o investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público nas hipóteses em que a acusação tenha se recusado a oferecer a proposta de acordo. A norma condiciona o direito de revisão à observância da forma prevista no art. 28 do Código de Processo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Penal, cuja redação a ser observada continua sendo aquela anterior à edição da Lei n. 13.964/2019, tendo em vista que a redação dada pela nova lei está com a eficácia suspensa em razão da concessão de medida cautelar, pelo Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, nos autos da ADI n. 6.298/DF.

3. Assim, ao se interpretar conjuntamente os arts. 28-A, §14, e 28, caput, ambos do Código de Processo Penal, chega-se às seguintes conclusões: a) Em razão da natureza jurídica do acordo de não persecução penal (negócio jurídico pré-processual) e por não haver, atualmente, normal legal que impõe ao Ministério Público a remessa automática dos autos ao órgão de revisão, tampouco que o obriga a expedir notificação ao investigado, poderá a acusação apresentar os fundamentos pelos quais entende incabível a propositura do ajuste na cota da denúncia; b) Recebida a inicial acusatória e realizada a citação, momento no qual o acusado terá ciência da recusa ministerial em propor o acordo, cabe ao denunciado requerer (conforme exige o art. 28-A, §14, do CPP) ao Juízo (aplicação do art. 28, caput, do CPP, atualmente em vigor), na primeira oportunidade dada para a manifestação nos autos, a remessa dos autos ao órgão de revisão ministerial; c) Uma vez exercido o direito de solicitar a revisão, cabe ao Juízo avaliar, com base nos fundamentos apresentados pelo Parquet, se a recusa em propor o ajuste foi motivada pela ausência de algum dos requisitos objetivamente previstos em lei e, somente em caso negativo, determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral. É dizer, o Juízo, abstendo-se de apreciar o mérito ministerial (o qual pode ser verificado, por exemplo, quando o pacto não for celebrado tão somente em razão de não ser necessário e suficiente para a prevenção do crime), poderá negar o envio dos autos à instância revisora caso constate que os pressupostos objetivos para a concessão do acordo não estão presentes, pois o simples requerimento do acusado não impõe a remessa automática do processo, em consonância com a interpretação extraída do art. 28 caput, do Código de Processo Penal, e a ratio decidendi da cautelar deferida na ADI n. 6.298/DF. De fato, autorizar a imediata remessa dos autos após simples pedido da Parte esvaziaria a decisão proferida pela Suprema Corte na referida ADI, a qual teve por objetivo justamente evitar o extremo impacto na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público em razão do envio de milhares de pedidos de revisão.

4. No caso em exame houve ilegalidade, porquanto o Magistrado de primeira instância indeferiu o pleito de remessa dos autos sob o argumento de que a providência deveria ser requerida pela Parte diretamente ao Ministério Público e, por isso, não poderia ser pedida ao Poder Judiciário. Portanto, é cabível a concessão da ordem para determinar a reanálise do pedido de revisão.

5. Concedo, em menor extensão, a ordem de habeas corpus tão somente para determinar que o Juízo de origem reavalie a possibilidade do envio dos autos ao órgão de revisão ministerial, fundamentando sua decisão com base exclusivamente nos requisitos objetivos exigidos para o acordo de não persecução penal."

(STJ – HC 664.016/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 17/12/2021);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. ART. 28-A DO CPP. **RECUSA DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INTIMAÇÃO DO INVESTIGADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS DO ART. 28, §14, DO CPP. NÃO OBRIGATORIEDADE.** AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ERROR IN PROCEDENDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVA DA. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INTERPOSTO COM IDÊNTICOS OBJETOS E FUNDAMENTOS. PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

II - O art. 28-A, §14, do CPP garantiu a possibilidade de o investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público nas hipóteses em que a Acusação tenha se recusado a oferecer a proposta de acordo de não persecução penal. A norma condiciona o direito de revisão à observância da forma prevista no art. 28 do CPP, cuja redação a ser observada continua sendo aquela anterior à edição da Lei n. 13.964/2019, tendo em vista que a nova redação está com a eficácia suspensa desde janeiro de 2020 em razão da concessão de medida cautelar, nos autos da ADI n. 6.298/DF.

III - Na legislação vigente atualmente que permanece em vigor não existe a obrigatoriedade do Ministério Público notificar o investigado em caso de recusa em se propor o acordo de não persecução penal.

IV - Irretocável, portanto, o julgamento feito pelo eg. Tribunal a quo, no sentido de que o Juízo de 1º grau deve decidir acerca do recebimento da denúncia, sem que exija do Ministério Público a comprovação de que intimou o acusado (ora agravante), até porque não existe condição de procedibilidade não prevista em lei.

V - Caso seja recebida a denúncia, será o acusado citado, oportunidade em que poderá, por ocasião da resposta a acusação, questionar o não oferecimento de acordo de não persecução penal por parte de Ministério Público e requerer ao Juiz que remeta os autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28, caput e 28-A, §14, ambos do CPP. Precedentes.

VI - **Embora seja assegurado o pedido de revisão por parte da defesa do investigado, impende frisar que o Juízo de 1º grau analisará as razões invocadas, considerando a legislação em vigor atualmente (art. 28, caput do CPP), e poderá, fundamentadamente, negar o envio dos autos à instância revisora, em caso de manifesta inadmissibilidade do ANPP, por não estarem presentes, por exemplo, seus requisitos objetivos, pois o simples requerimento do acusado não impõe a remessa automática do processo. Precedentes.**

VII - Imperioso destacar que o objeto de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, com idênticos objetos e fundamentos resta esvaziado e, portanto, prejudicado.

Agravo regimental desprovido. Julgo, outrossim, prejudicado o agravo regimental do Ministério Público Federal."

(STJ – AgRg no REsp 1.948.350/RS – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** – Quinta Turma – j. em 09/11/2021 – DJe de 17/11/2021);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMESSA À INSTÂNCIA REVISORA. REQUERIMENTO TEMPESTIVO DA DEFESA. EXAME DE MÉRITO PELO MAGISTRADO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. **Embora seja incontestável a natureza negocial do acordo de não persecução penal, o que afasta a tese de a propositura do acordo consistir direito subjetivo do investigado, a ele foi assegurada a possibilidade de, em caso de recusa, requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal, no prazo assinalado para a resposta à acusação (art. 396 do CPP).**

3. Neste caso, o Ministério Público deixou de propor o acordo de não persecução criminal. Tempestivamente, a defesa apresentou pedido de remessa dos autos à instância revisora, mas teve seu pleito negado pelo magistrado de primeiro grau, com base nos mesmos fundamentos apresentados pelo órgão acusador.

4. O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público.

5. **Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP.** (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021. Informativo n. 1017).

6. Ordem concedida de ofício para determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal."

(STJ – HC 668.520/SP – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 10/08/2021 – DJe de 16/08/2021).

Digo eu.

No caso em tela, a defesa da ré formulou o pedido em resposta à acusação (fls. 152/157). Porém, o Ministério Público deixou "*de efetuar a proposta, até porque há ação em curso para internação compulsória da ré (autos n. 0000272-41.2022.8.26.0319), não se mostrando viável a proposta neste momento.*" (fls. 161).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Após ser intimada pessoalmente a comparecer à audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 226), a ré não compareceu em Juízo (fls. 236), inviabilizando, nesta fase processual, a possibilidade de acordo.

Posteriormente, a defesa da ré voltou a requerer, em alegações finais, que fosse oportunizada a referida proposta (fls. 248/253). O Juízo "a quo" converteu o julgamento em diligência, concedendo o prazo de 15 (quinze) dias para que o "Parquet" se manifestasse sobre a possibilidade ou não da realização de acordo de não persecução penal (ANPP), nos seguintes termos:

"[...]

Vistos.

Este Juízo deu por encerrada instrução processual (fls. 236).

A nobre representante do Ministério Público apresentou alegações finais (fls. 239), assim como os denunciados Jennifer (fls. 248) e Júlio (fls. 254).

Após, os autos vieram conclusos para sentença.

Contudo, diante do alegado pela combativa defesa da denunciada Jennifer da Silva Teixeira em sede alegações finais, converto o julgamento em diligência para que seja concedido vista dos autos à nobre representante do Ministério Público, pelo prazo de 15 (quinze) dias, para que se manifeste nos autos acerca do oferecimento ou não de Acordo de Não Persecução Penal - ANPP para a Denunciada Jennifer, devendo, inclusive, justificar e fundamentar a recusa, se o caso.

Após, tornem os autos conclusos.

Intime-se.

Lençóis Paulista, 31 de agosto de 2023.

"[...]" (fls. 259).

Transcorrido o prazo estabelecido pelo Juízo de Origem, a representante Ministerial entendeu estar prejudicada a possibilidade de acordo, tendo em vista o desinteresse da ré, haja vista as várias frustradas tentativas em fazê-la comparecer aos atos processuais:

"[...]

Meritíssimo Juiz:

Deixo de oferecer acordo de não persecução penal para a ré

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Jennifer da Silva Teixeira, pois ela não se fez presente, não tendo comparecido à audiência de instrução. Jennifer inclusive é acompanhada em processo na Vara da Infância e Juventude, pois recentemente foi necessária medida de proteção de acolhimento institucional para seus filhos (autos n. 1001083-47.2023.8.26.0319). No processo referido, ela também não se fez presente e foi citada por edital. Portanto, prejudicado se mostra o acordo de não persecução penal, a não ser que a ré demonstre real interesse e, com a intervenção do Defensor nomeado, se faça presente.

Lençóis Paulista, 15 de setembro de 2023.

[...]" (fls. 264).

É importante destacar que a defesa da ré foi devidamente intimada para se manifestar sobre a justificativa apresentada pelo Ministério Público (fls. 266), tendo a defesa afirmado *"que não há como este defensor garantir que a Ré compareça a uma eventual audiência para formalização de ANPP."* (fls. 269).

Logo, o pleito anulatório da ré Jennifer da Silva, referente ao não oferecimento do acordo de não persecução penal, não merece prosperar. A recusa do Ministério Público em propor o ANPP foi devidamente justificada e fundamentada, baseando-se na desídia da ré em comparecer aos atos processuais, ainda que devidamente intimada.

Ademais, a inviabilidade do acordo foi justificada e acatada pelo Juízo (fls. 278). O não comparecimento da ré à audiência é um indicativo do seu desinteresse em negociar o acordo, corroborando a decisão do Ministério Público pelo seu não oferecimento.

Nesse sentido, trago os fundamentos elencados pela Procuradoria-Geral de Justiça, que passam a fazer parte integrante deste Voto:

"[...]"

De início, não há como prosperar o pleito anulatório da ré Jennifer, porquanto o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP para a denunciada foi justificada e fundamentada sua renúncia por parte da nobre representante do Ministério Público, pautada na falta de interesse da ré, já que esta

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

não compareceu à audiência, o que denota seu desinteresse e descaso.

Observa-se que já havia sido justificada a inviabilidade do acordo, acatada inclusive pelo Juízo (fls. 278).

Insta salientar que o ANPP é um instrumento de política criminal que visa evitar a persecução penal, mas não garante a acusada um direito subjetivo de realizá-lo. A análise da viabilidade do acordo deve ser feita pelo Ministério Público, que deve fundamentar sua decisão de acordo com as condições estabelecidas pela lei.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

'Compreensão no sentido de que o ANPP não é um direito público subjetivo do acusado, pois não pode ser concedido pelo juiz sem a participação ativa, a iniciativa e a concordância do Ministério Público. 23. Nessa linha, como assinalou o eminente Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 216.895/SP, 'as condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição' (j. 22/08/2022, p. 24/08/2022; grifos acrescidos). 24. Do mesmo modo, anoto que esta Corte, ao interpretar o ANPP e institutos análogos (como a suspensão condicional do processo, a transação penal e a colaboração premiada), encampou essa posição, confirmando não se estar diante de um direito subjetivo do investigado ou réu' (HC185913/DF).'

[...]" (fls. 399/400).

Digo eu.

Cumprе ressaltar que não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, **Pareceres do Ministério Público**, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. **O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.**

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA**. PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF – HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Continuo.

Assim, fica afastada a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento ao apelo do réu Júlio César e dou parcial provimento aos apelos do Ministério Público e da defesa da ré Jennifer da Silva.

Os réus **Júlio César Aparecido Zangarelli** e **Jennifer da Silva Teixeira** foram denunciados como incurso nas penas do art. 155, §4º, II e IV, combinado com o art. 61, II, "h", ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

"[...]

Consta do incluso inquérito policial que nos dias 03 e 04 de junho de 2020, nesta cidade de Lençóis Paulista e no Município de Areiópolis, **JENNIFER DA SILVA TEIXEIRA**, qualificada a fls. 19 e 69/72, e **JULIO CESAR APARECIDO ZANGARELLI**, qualificado a fls. 73/76, agindo em concurso, com unidade de desígnios, subtraíram, para proveito de ambos, mediante fraude, o total de R\$ 1.226,91 (um mil, duzentos e vinte e seis reais e noventa e um centavos), pertencentes ao idoso *Milton Firmino Junior*.

Apurou-se que os denunciados, aproveitando-se da idade da vítima e do fato de morar sozinha, estiveram na casa dela, localizada na Rua 28 de abril, n. 503, pediram um copo de água e entraram no imóvel. Enquanto a vítima seguiu para a cozinha, o casal permaneceu na sala, de onde pegou o cartão bancário do idoso com a respectiva senha que se encontravam sobre a estante. Em seguida, os denunciados deixaram o local.

No mesmo dia a vítima notou que o cartão havia desaparecido e desconfiou dos denunciados. No dia seguinte, ela comentou sobre os

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

fatos com a filha, a qual verificou a conta bancária do genitor e constatou que tinham sido feitos dois saques, um no valor de R\$ 150,00 e outro de R\$ 170,00, e outros débitos no valor de R\$ 906,91.

Identificada através de cópia do RG e cartão cidadão esquecidos na casa da vítima, a denunciada esteve na Delegacia de Polícia e confirmou que ela e o denunciado entraram na casa da vítima. Confirmou, também, que pegaram o cartão bancário da vítima e efetuaram saque e gastos nesta cidade e na cidade de Areiópolis.

O denunciado, apesar de identificado, não foi localizado.

A vítima fez o reconhecimento fotográfico dos denunciados na Delegacia de Polícia (fls. 12/13 e 14/15).

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência JENNIFER DA SILVA TEIXEIRA, qualificada a fls. 19 e 69/72, e JULIO CESAR APARECIDO ZANGARELLI, qualificado a fls. 73/76, como incurso no art. 155, §4º, incisos II (segunda figura) e IV, do Código Penal, c.c. art. 61, inciso II, "h", do Código Penal, e requeiro que, recebida e autuada esta, sejam citados para que respondam à ação penal no prazo de 10 (dez) dias, prosseguindo-se nos demais termos do processo, de acordo com o rito previsto no artigo 394, parágrafo 1º, inciso I, do Código de Processo Penal, até final condenação, ouvindo-se, na instrução, a vítima e a testemunha abaixo indicadas.

[...]" (fls. 83/84).

Pois bem.

A materialidade criminosa furtadora está consubstanciada no boletim de ocorrência (fls. 04/06), no auto de exibição e apreensão (fls. 07), nos autos de reconhecimento positivo fotográfico (fls. 12/15), no relatório final de inquérito policial (fls. 77/78) e nas provas orais existentes nos autos (fls. 236 - mídia audiovisual).

De igual forma, as autorias criminosas furtadoras são certas e devem ser atribuídas aos réus **Júlio César** e **Jennifer da Silva**, que tiveram as suas participações confirmadas pelas provas orais. O réu **Júlio César**, em Juízo, confessou parcialmente a prática do furto, delatando o envolvimento da ré Jennifer da Silva, mas negando a ação mediante fraude. No mais, admitiu que pegou o cartão da vítima e, juntamente com a ré, efetuou diversas compras e gastos com ele. Por sua vez, a ré **Jennifer da Silva**, em solo policial, admitiu que ingressou na residência da vítima e subtraiu o cartão bancário. Em Juízo, não compareceu para confirmar ou negar a versão anteriormente ofertada (fls. 236 - mídia audiovisual). E, ver-se-á, a prova oral

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

judicial permite a manutenção da condenação dos réus nos termos proferidos na sentença.

Destarte, o policial civil **José Augusto**, testemunha arrolada pela acusação, em Juízo, esclareceu que investigou o furto perpetrado contra a vítima. Contou que um casal chegou à residência da vítima, pediu água e teve a entrada permitida pelo morador, que os deixou na sala enquanto atendia o pedido da dupla. Ocorre que, após a saída do casal, a vítima notou o desaparecimento do seu cartão bancário e da anotação da sua senha. No local, na sala, a vítima encontrou uma cópia do R.G. da ré Jennifer da Silva. De mais a mais, a ré foi localizada e mencionou estar na companhia do réu Júlio César, além de um travesti que residia em Areiópolis. Esclareceu que foram constatados saques nas cidades de Lençóis e de Areiópolis. Indagada a ré sobre o furto, ela confessou, que na companhia do réu, subtraiu o cartão da vítima, realizando compras e saques. Disse que obteve informações sobre o réu com um colega de Areiópolis, uma vez que ele é conhecido dos meios policiais. Por derradeiro, confirmou que as fotografias dos dois réus foram apresentadas e reconhecidas pela vítima, como o casal que esteve em sua residência (fls. 236 - mídia audiovisual).

Note-se que o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, mormente porque o depoimento da testemunha arrolada pela acusação, o policial civil José Augusto, perante o contraditório, mostrou-se alinhado e coerente com as demais provas existentes nos autos, dentre elas a confissão do **réu Júlio César**, colhida em Juízo (fls. 236 - mídia audiovisual).

Ora, a confissão, de fato, não é prova dotada de caráter absoluto (aliás, no sistema processual penal em vigor nenhuma prova tem esse caráter). Todavia, é importante elemento a ser considerado pelo julgador na formação do seu convencimento. Quando a confissão estiver em conformidade com os demais elementos dos autos, como ocorre neste caso,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

serve, sim, de supedâneo à prolação do édito condenatório, sobretudo se coligida em Juízo. Aqui, nada existe a indicar que a confissão, ainda que parcial, não tenha sido firme e sincera.

Ademais, o réu **Júlio César** não apenas assumiu a participação no furto como também delatou a **corrê Jennifer da Silva**. Tal delação merece, portanto, grande credibilidade como prova nos autos, mormente considerando que o réu confessou a sua própria participação no crime, assumindo, assim, a responsabilidade por seus atos. Esta admissão de culpa confere maior credibilidade à delação da comparsa, pois demonstra uma disposição em revelar a verdade dos fatos, mesmo que isso implique em consequências negativas para si mesmo. Além disso, a sua delação foi corroborada pelo depoimento da testemunha arroladas pela acusação, o **policia civil José Augusto**, prestado sob o crivo do contraditório (fls. 236 - mídia audiovisual).

Não discrepa deste entendimento **Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas**, ao comentar sobre a delação de comparsa:

"A delação não pode ser um ato processual isolado do contexto probatório, mas deve, sim, concordar com os demais indícios. Outrossim, a delação não pode consistir em simples afirmação, por parte do corréu, com relação ao seu comparsa; deve demonstrar a modalidade dessa participação: como, quando, de que maneira foi ela perpetrada. Tais detalhes lhe revelarão a falsidade ou a veracidade. E mais: uma narração bem detalhada possui muito valor, não só pelo fato de ser mais completa e complexa, mas porque o maior número de detalhes permite maior possibilidade de controle sobre sua veracidade ou não."

(Da Prova em Matéria Criminal, 1ª edição, Editora Juarez de Oliveira, 2000).

Conveniente ressaltar, por sinal, que não há nos autos qualquer prova que desqualifique a versão da testemunha arrolada pela acusação ou que torne suspeito o seu depoimento, mesmo porque não se revelou ter ela qualquer interesse na injusta imputação dos réus ou mesmo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

em lhes atribuir crime de grave repercussão social, como o destes autos.

Aliás, em se tratando de policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexistente qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que sejam prestados por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexistente qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"[...]"

Nesse diapasão, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à validade do depoimento de autoridade policial prestado em juízo, porquanto 'a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações' (HC 87662, Relator Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 16.02.2007). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAIIS - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR **POLICIAIS** - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. **VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.** Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 18.10.1996) Habeas corpus. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. **3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes.** 5. Habeas Corpus indeferido. (HC 77565, Relator Néri da Silveira, Segunda Turma, DJe 02.02.2001)

HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

- SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. A competência para julgá-lo é do Superior Tribunal de Justiça, ficando obstaculizada a possibilidade de o jurisdicionado proceder à escolha do órgão julgador. SENTENÇA - PROVA - FLAGRANTE - DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. Na hipótese de prisão em flagrante, exsurge com inegável valia o depoimento dos agentes policiais. (HC 73529, Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, DJe 06.09.1996) HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL – ÔBICE – INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTOS – NULIDADE – AUSÊNCIA. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório. CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição. (HC 166027, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 12.02.2021)

No caso concreto, embora o apenado tenha negado seu envolvimento, o magistrado formou seu convencimento quanto à participação do recorrente na tentativa de fuga com fulcro no depoimento do Chefe de Segurança da unidade prisional, Antonio Morais, que presenciou os fatos (eDOC 7).

Da mesma forma, o Tribunal local entendeu, com base no depoimento do policial, 'que os apenados estavam escavando a parede para tentarem empreender fuga da unidade prisional, não restando dúvidas acerca da participação do agravante na empreitada fugitiva, pois, segundo resultou apurado, ele era o responsável por monitorar e avisar os demais apenados acerca do aproximação dos agentes penitenciários' (eDOC 5, p. 2).

Com efeito, não há ilegalidade na decisão que reconheceu a falta grave com base no depoimento do agente de segurança que presenciou os fatos.

[...]

Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, descabe conceder a ordem.

2. Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PRETENDIDO JUÍZO ABSOLUTÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO RECORRIDA. RETERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo inadmissível a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, *ex vi* do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedente: AP 973, Red. p/ acórdão, Min. Nunes Marques, DJe de 28/03/2022.

3. O testemunho policial, máxime diante da ausência de dúvidas quanto à imparcialidade do agente, em conjunto com as demais provas produzidas sob o contraditório é meio de prova idôneo. Precedentes: HC 209.923-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15/06/2022; RHC 208.086-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 08/03/2022; HC 214.062-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/12/2022.

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"*HABEAS CORPUS* – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. *HABEAS CORPUS* – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Revelando o *habeas corpus* parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. TRÁFICO DE DROGAS – DUPLA PUNIÇÃO – INOCORRÊNCIA. Demonstrada condutas autônomas, em contextos diversos, não cabe cogitar de dupla punição ante único crime. **TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTAÇÃO. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos, colhidos sob o crivo do contraditório, de policiais.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição por falta de prova. ISONOMIA – INOBSERVÂNCIA – AUSÊNCIA. Reveladas situações jurídicas diversas, inexistente inobservância ao princípio da isonomia. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio constitucional da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena."

(STF – HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. **DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE.** REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações."

(STF – HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007);

"O valor de **depoimento testemunhal de servidores policiais** - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - **reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.** O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."

(STF – HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996);

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*.
COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. **POLICIAL.**
TESTEMUNHA: VALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA:
INOCORRÊNCIA. PROVA: EXAME: IMPOSSIBILIDADE.

[...]

II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.

[...]

V. - HC indeferido."

(STF – HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. VALIDADE DA PROVA. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL AO TRÁFICO. ORDEM DENEGADA. I. CASO EM EXAME

[...]

4. O depoimento dos policiais, corroborado pela apreensão de entorpecentes, constitui meio de prova válido, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, não havendo nulidade a ser reconhecida.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

IV. ORDEM DENEGADA."

(STJ – HC 926.476/SP – **Rel. Min. Daniela Teixeira** – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADES AFASTADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. PROVA VÁLIDA. PARCIALIDADE DO DEPOIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. Outra questão é a alegação de que o depoimento policial não poderia ser considerado imparcial devido à relação com a vítima.

III. Razões de decidir

6. A decisão considerou que a entrada no domicílio foi justificada por fundadas suspeitas, com consentimento da mãe do acusado, não configurando violação de direitos.

7. O depoimento dos policiais foi considerado idôneo e corroborado por outras provas, não havendo prequestionamento a respeito da sua parcialidade.

8. A revisão do acervo probatório é inviável em recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

IV. Dispositivo e tese9. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões de flagrante delito e consentimento do morador." **2. O depoimento policial é prova idônea, salvo demonstração de parcialidade.**" 3. Ausente a discussão da

controvérsia recursal nas instâncias ordinárias, atrai-se a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal - STF.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XI; CPP, arts.

155, 214. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp 2.097.120/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/12/2023; STJ, AgRg no AREsp n. 2.009.660/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/6/2022; STJ, AgRg no HC 695.249/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 03/11/2021."

(STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 22/10/2024 - DJe de 25/10/2024);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV- O depoimento policial merece credibilidade em virtude da fé pública inerente ao exercício da função estatal, só podendo ser relativizado diante da existência de indícios que apontem para a incriminação injustificada de investigados por motivos pessoais.
Precedentes.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 860.201/SP – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** - Quinta Turma – j. em 17/6/2024 - DJe de 20/6/2024);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, **CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS**. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento perfilhado no acórdão recorrido está em harmonia com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO, Tema 280/STF, segundo o qual o ingresso dos policiais no domicílio do réu, sem autorização judicial ou consentimento do morador, será lícito quando houver fundadas razões da situação de flagrante delito naquela localidade.

2. No caso, os policiais encontraram com os suspeitos - antes mesmo do ingresso na residência de um dos acusados - uma porção de maconha, obtendo a informação de que "em um apartamento, naquela mesma rua, estavam dois comparsas [entre eles, o ora recorrente] e mais entorpecentes", o que motivou o deslocamento dos agentes até o imóvel no qual havia significativa quantidade de droga, bem como apetrechos relacionados ao comércio ilícito de entorpecentes. Sob tal contexto, não há como acolher a tese defensiva de ilicitude da prova, uma vez que evidente a presença de justa causa para a adoção da medida de busca domiciliar.

[...]

8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

17. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 1.917.106/MG – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. em 14/3/2023 - DJe de 17/3/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR AS CONDENAÇÕES. REVOLVIMENTO FÁTICO E

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. **DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES.** APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. INVIABILIDADE. GRAVIDADE DAS CONDUTAS PERPETRADAS E REITERAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

[...]

- Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 782.347/RJ – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 22/11/2022 - DJe de 28/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUTOR DO FATO ATRIBUIU A SI FALSA IDENTIDADE. SUPERVENIENTE RETIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VEDAÇÃO À ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROVOCADA PELA PARTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os elementos dos autos indicam que, ao ser preso em flagrante, o Paciente teria atribuído a si falsa identidade. Essa conduta, nos termos entendimento consolidado por esta Corte no Enunciado n. 522, da súmula de jurisprudência, é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

[...]

5. A despeito da alegação do Agravante no sentido de descredibilizar a diligência da Autoridade Policial na correta identificação do autor do fato, nenhum elemento nos autos demonstra aptidão para desconstruir a presunção de veracidade dos atos praticados pelos agentes estatais. Aliás, mutatis mutandis, a "jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

17/03/2016." (HC n. 608.558/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2020, DJe 7/12/2020).

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 765.898/MG – **Rel. Min. Laurita Vaz** - Sexta Turma – j. em 25/10/2022 - DJe de 3/11/2022);

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE ORIGINÁRIA. INCABÍVEL O CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL LASTREADA EM VASTOS ELEMENTOS DE PROVA. **IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Pedido de reconhecimento de nulidades: violação de domicílio e devassa em telefones celulares. Observa-se que as referidas teses não foram enfrentadas pela eg. Corte de origem. Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre os referidos temas expostos na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre as matérias, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

[...]

IV - Registre-se, ainda, que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes. Segundo a Corte a quo, os depoimentos dos policiais foram consistentes e coerentes.

Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva - a absolvição dos pacientes - requer a verticalização da prova, aprofundamento inviável de ser procedido no âmbito do remédio heroico.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 740.458/SP – **Rel. Min. Jesuino Rissato** (Desembargador Convocado do TJDFT) - Quinta Turma – j. em 2/8/2022 - DJe de 16/8/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. **PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE REINCENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao pleito de aplicação do princípio da insignificância, prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.

[...]

3. Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.

[...]

7. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma – j. em 26/10/2021 - DJe de 03/11/2021);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de "crack"), mas também diante da prova testemunhal.

2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.877.158/TO – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 14/09/2021 – DJe de 20/09/2021).

Por isso, força convir, o depoimento judicial do policial civil

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

José Augusto merece total credibilidade e serve, perfeitamente, para supedâneo da prolação da sentença condenatória, depoimento este que, em Juízo, sintonizou-se com a sua versão colhida extrajudicialmente (cf. relatório de investigação de fls. 40/41), tudo a imprimir maior certeza, ainda mais quando entrosado com as demais provas dos autos

Sendo assim, a condenação foi bem decretada, tendo em vista que se comprovou que os réus subtraíram para si, mediante fraude e em concurso de agentes, aproximadamente R\$ 1.226,91 (um mil, duzentos e vinte e seis reais e noventa e um centavos), pertencentes à vítima Milton Firmino Junior.

Por outro lado, a qualificadora da fraude na subtração criminosa está devidamente fundamentada e não pode ser afastada, como pleiteiam as defesas dos réus. Os fatos demonstram que eles se dirigiram à residência da vítima solicitando água, sendo convidados por ela a entrar no imóvel. Aproveitando-se do momento em que a vítima se ausentou para buscar água, os réus subtraíram o seu cartão bancário juntamente com a senha. Posteriormente, utilizaram o cartão para efetuar saques e realizar compras.

É evidente que os réus empregaram um artifício fraudulento - a alegada necessidade por água - para distrair a vítima e, assim, subtrair o cartão bancário e a respectiva senha, obtendo acesso aos valores da sua conta bancária. Tal narrativa é corroborada pelo depoimento judicial da testemunha arrolada pela acusação, o policial civil José Augusto. Aliás, segundo a doutrina de **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**:

"Fraude é a utilização de artifício, de estratagemas ou ardis para vencer a vigilância da vítima; em outros termos, trata-se de manobra enganosa para ludibriar a confiança existente em uma relação interpessoal, destinada a induzir ou a manter alguém em erro, com a finalidade de atingir o objetivo criminoso. Na verdade, a fraude não

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

deixa de ser uma forma especial de abuso de confiança, ou, na feliz expressão de Guilherme Nucci, 'é uma relação de confiança instantânea, formada a partir de um ardil'.

A qualificadora aperfeiçoa-se quer a fraude seja utilizada para a apreensão da coisa, quer para seu assenhoreamento. Não há nenhuma restrição quanto à forma, meio ou espécie de fraude, basta que seja idônea para desviar a atenção do dono, proprietário ou simples 'vigilante' da disponibilidade e segurança da 'res'. Assim, caracteriza meio fraudulento qualquer artimanha utilizada para provocar a desatenção ou distração da vigilância, para facilitar a subtração da coisa alheia.

Embora a fraude seja característica inerente ao crime de estelionato, aquela que qualifica o furto não se confunde com a deste. No furto, a fraude burla a vigilância da vítima, que, assim, não percebe que a 'res' lhe está sendo subtraída; no estelionato, ao contrário, a fraude induz a vítima a erro. Esta, voluntariamente, entrega seu patrimônio ao agente. No furto, a fraude visa desviar a oposição atenta do dono da coisa, ao passo que no estelionato o objetivo é obter seu consentimento, viciado pelo erro, logicamente."

(**Tratado de Direito Penal, Parte Especial** – 3, 6ª Edição Atualizada, Editora Saraiva, 2010).

Outrossim, correta a qualificadora do concurso de agentes (art. 155, §4º, IV, do Código Penal), pois evidenciada a associação dos **réus Júlio César e Jennifer da Silva**, comprovada pelas provas dos autos, bem como pelos depoimentos judicial e extrajudicial da testemunha arrolada pela acusação e pela confissão judicial do réu Júlio César. Os dois agiram vinculados quanto ao ideal criminoso, mediante prévia divisão de tarefas, mas voltadas para o mesmo fim.

Sendo assim, devidamente comprovadas tanto a qualificadora da fraude quanto a do concurso de agentes, uma vez que ambas estão amplamente amparadas nos elementos constantes nos autos.

Por fim, crime de furto duplamente e consumado, pouco importando tivessem sido recuperados os valores furtados (o que, no caso, não ocorreu), porque o crime de furto, que é crime contra o patrimônio, consuma-se com a mera posse da coisa alheia móvel, não interessando se o agente a retirou da esfera de disponibilidade da vítima ou se teve a posse tranquila e desvigiada, menos ainda se foi perseguido pela vítima ou mesmo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

por agentes da Lei, consoante tranquilíssimo entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. **CRIME DE FURTO. ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL.** PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA. **IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSO E PACÍFICA.** REDISCUSSÃO DOS CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. DETRAÇÃO PENAL. MATÉRIA A SER ANALISADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. O princípio da insignificância resta afastado quando ausente o preenchimento cumulativo dos vetores reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: RHC 205.910-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 29/6/2022; HC 205.796-AgR, Primeira Turma, Red. p/ Acórdão, Min. Alexandre de Moraes, DJe de 8/4/2022; RHC 203.553-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 7/1/2022; RHC 191.022-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 3/12/2020.

2. O delito de furto se consuma com a inversão da posse da res furtiva, sendo prescindível sua posse mansa e pacífica. Precedentes: HC 135.674, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 13/10/2016; HC 114.329, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 18/10/2013.

3. In casu, o paciente foi condenado à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no artigo 155 do Código Penal.

4. A fixação do regime inicial fechado revela-se desproporcional à hipótese em apreço, máxime em razão do valor e do objeto do delito, que consistiu na subtração de "seis garrafas de shampoo, avaliadas em R\$ 68,00". Nessa linha a jurisprudência desta Corte: HC 136.385, Primeira Turma, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe de 2/10/2018; RHC 192.509, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 7/1/21.

5. A imposição do regime semiaberto configura resposta adequada e suficiente às circunstâncias da conduta que se atribui ao paciente diante do caso in concreto.

6. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, são, em regra, insindicáveis na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 114.650, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14/08/2013; HC 141.167-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 16/6/2017.

7. A detração penal, via de regra, é matéria de competência do juízo da execução. Precedentes: HC 163.092-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 19/2/2019; HC 119.004, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 25/11/2015.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

8. Agravo interno parcialmente PROVIDO para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena."

(STF - HC 221.623-AgR/SP - **Rel. Min. LUIZ FUX** - Primeira Turma – j. 01/03/2023 – Dje 05/05/2023);

"HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. CONSUMAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA POSSE MANSO E PACÍFICA DA COISA. DECISÃO IMPUGNADA EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

I - A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a consumação do furto ocorre no momento da subtração, com a inversão da posse da res, independentemente, portanto, de ser pacífica e desvigiada da coisa pelo agente. Precedentes.

[...]

IV - Habeas Corpus denegado."

(STF – HC 135.674/PE – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Segunda Turma – j. em 27/07/2016 – DJe de 13/10/2016);

"HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO UNÂNIME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FURTO A RESIDÊNCIA MEDIANTE ESCALADA. **MOMENTO DE CONSUMAÇÃO DO DELITO DE FURTO.**

1. Para a consumação do furto, é suficiente que se efetive a inversão da posse, ainda que a coisa subtraída venha a ser retomada em momento imediatamente posterior. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

2. Ordem denegada."

(STF – HC 114.329/RS – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 01/10/2013 – DJe de 18/10/2013);

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO CONSUMADO. RECONHECIMENTO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. SÚMULA 07/STJ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, **para a consumação do crime de furto ou de roubo, não se faz necessário que o agente logre a posse mansa e pacífica do objeto do crime, bastando a saída, ainda que breve, do bem da chamada esfera de vigilância da vítima** (v.g.: HC nº 89.958/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, un., j. 03.4.2007, DJ 27.4.2007).

3. Habeas corpus denegado."

(STF – HC 113.563/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 05/02/2013 – DJe de 19/03/2013);

"HABEAS CORPUS. FURTO CONSUMADO X FURTO TENTADO. ALTERAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de furto, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata.

[...]"

(STF – HC 92.922/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 19/05/2009 – DJe 12/03/2010);

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO APLICAÇÃO AO FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES DA PENA DE 2 A 8 ANOS DE RECLUSÃO PREVISTA NO ART. 155, §4º, INC. IV, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE ANALOGIA PELO JULGADOR. 2. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO FURTO. 3. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM.

[...]

2. A consumação do furto ocorre no momento em que o agente tem a posse da 'res furtiva', cessada a clandestinidade, independente da recuperação posterior do bem objeto do delito."

(STF – HC 95.398/RS - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - Primeira Turma - j. 04/08/2009 – DJe 04/09/2009).

No mesmíssimo sentido, também de há muito vinha trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tanto assim que, no mês de novembro de 2015, mediante o julgamento de um Recurso Especial repetitivo, a sua 3ª Seção firmou entendimento sobre o momento da consumação do crime de furto, conforme abaixo se verá, fazendo-o, inclusive, nos termos da jurisprudência que já vinha a adotar, nos moldes do entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, segundo o qual, em linhas gerais, o crime de furto consuma-se quando a coisa furtada passa para o poder de quem a furtou, ainda que seja possível para a vítima retomá-la, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata, tanto assim que no questionado recurso, REsp 1.524.450/RJ, firmou-se a seguinte tese:

"Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Confira-se, a principiar pelo Recurso Especial repetitivo:

"RECURSO ESPECIAL N. 1.524.450 - RJ (2015/0073105-7)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: MAKLEY DA SILVA GONCALVES

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO interpõe recurso especial em face de acórdão que deu provimento ao recurso da defesa para desclassificar a conduta delitiva para furto tentado. O recorrido, Makley da Silva Gonçalves, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos, in verbis (fl. 2):

No dia 11 de setembro de 2012, por volta de 15 horas, na Rua Santa Clara, Copacabana, nesta comarca, o denunciado, livre e conscientemente, subtraiu para si um aparelho de telefone celular Apple de propriedade de Christiane Grunewald.

Com efeito, a ofendida caminhava pela rua quando foi abordada pelo denunciado, que dela arrebatou o telefone celular e saiu correndo em direção à praia.

Não obstante, o denunciado acabou por ser detido em flagrante e conduzido à delegacia policial, uma vez que o furto havia sido comunicado a guardas municipais que se achavam baseados na Rua Constante Ramos, para onde a ofendida se dirigiu e ingressou em uma viatura para o fim de realizar buscas do autor do crime.

Os guardas e a vítima se dirigiram até as proximidades do hotel Copacabana Palace tendo sido o denunciado localizado junto a quiosques, acabando por ser detido após ser identificado pela ofendida, sendo certo que o aparelho subtraído fora localizado dentro de suas vestes.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas sanções do art. 155 do Código Penal.

Instruído o feito, foi julgada procedente a pretensão acusatória para condenar o réu à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, substituída por restritiva de direitos.

Inconformada, a defesa apelou.

O Tribunal a quo, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso para, reconhecendo a forma tentada (art. 155, c/c art. 14, II, do CP), condenar o réu à pena de 9 meses de reclusão e pagamento de 8 dias-multa.

Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, aponta o recorrente divergência jurisprudencial e violação dos arts. 155 e 14, I, ambos do Código Penal. Argumenta, em síntese, que, para consumação do furto, como cediço em doutrina e na pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, basta o desapossamento da coisa subtraída, que se dá com a cessação da clandestinidade, não sendo necessário que o infrator tenha a posse para usar, gozar, fruir e dispor plenamente da coisa subtraída (fl. 272).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Requer, assim, o provimento do recurso, para que seja reconhecida a consumação do delito tipificado no art. 155, caput, do Código Penal, com o afastamento da causa de diminuição de pena da tentativa e readequação da sanção (fl. 279).

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (fl. 321):

Recurso especial. Crime de furto. Consumação. Desnecessidade da posse tranquila da coisa subtraída. Simples inversão da posse. Teoria da Amotio. Impossibilidade de reconhecimento da forma tentada. Jurisprudência pacífica no STJ. Precedentes. Parecer pelo provimento do recurso especial.

Recebido o recurso especial como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente recurso especial, submetido ao rito dos recursos repetitivos, versa sobre questão de direito comum a inúmeros recursos especiais que se encontram represados na origem: o momento consumativo do delito de furto.

Os fatos encontram-se devidamente delimitados na sentença (fl. 164):

O crime alcançou a consumação, uma vez que o telefone celular foi alijado da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a inversão da posse do objeto, com a retirada, ainda que por pouco tempo, do poder de disposição sobre o mesmo.

O Tribunal a quo deu provimento à apelação do Ministério Público para reconhecer a tentativa delitiva pelos seguintes fundamentos (fl. 246):

A Defesa requer o reconhecimento da tentativa, com incidência da fração máxima de redução.

Para a consumação de delitos contra o patrimônio não basta a apreensão da res pelo agente, não bastando que esta saia da esfera do alcance visual do lesado, sendo necessário que ocorra o assenhoreamento do autor sobre o bem subtraído, sendo necessário que a coisa passe a integrar o patrimônio do agente, podendo este usar, gozar, fruir e dispor da coisa subtraída, como se fosse dono.

Verifica-se que houve a perseguição imediata do apelante pela vítima, que posteriormente contou com o auxílio da Polícia. O Policial informou que havia um colega seu com contato visual com o réu pela descrição física dada pela vítima, por ocasião da perseguição.

Considerando que o bem foi localizado, verifica-se que o apelante não teve a plena disponibilidade dos bens.

Nesse diapasão, há que se reconhecer que o delito não saiu da esfera da tentativa devendo, portanto, ser aplicada a redução mínima pela incidência do crime tentado, eis que a mesma é a que se mostra em consonância com o iter criminis percorrido, considerando que o mesmo foi bastante elevado e os apelantes ficaram bem próximos de alcançar a consumação do delito.

Cinge-se a controvérsia ao momento consumativo do delito de furto, essencialmente sobre a necessidade de que a res furtiva saia da esfera de vigilância da vítima, tendo o agente a sua posse mansa e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pacífica, ou a mera inversão da posse para que se considere consumado o crime de furto (e consequentemente o de roubo).

A discussão foi dirimida, como cediço, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 102.490/SP, Relator Ministro Moreira Alves, em 17/9/87, publicado em 16/8/91.

Confira-se a ementa do julgado:

Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. - Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbacão (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 102490, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1987, DJ 16-08-1991).

Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da apprehensio (ou amotio), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata.

Pela brilhante exposição dos fundamentos, indispensável a transcrição dos seguintes excertos do mencionado leading case:

[...] Quatro são as principais teorias que procuram caracterizar o momento da consumação do furto (e, consequentemente, se aplicam, nesse particular, ao roubo):

- a) - a teoria da contrectatio, para a qual consumação se dá pelo simples contato entre o agente e a coisa alheia;
- b) - a teoria da apprehensio, (para outros, amotio), segundo a qual se consuma esse crime quando a coisa passa para o poder do agente;
- c) - a teoria da ablatio, que tem a consumação ocorrida quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para outro; e
- d) a teoria da illatio, que exige, para ocorrer a consumação, que a coisa seja levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

Nos países cujos Códigos Penais usam para caracterizar o furto e o roubo, de expressões como ?subtrair? ou ?tomar? - assim, na Alemanha e na Espanha - predomina, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da teoria da apprehensio (ou amotio), em que é necessário apenas que a coisa passe, por algum espaço de tempo, para o poder do ladrão, ainda que não seja transpostada para outro lugar, nem usada por ele. Na Alemanha - em que a ação que caracteriza o furto e o roubo é a Wegnahme (subtração, tomada) -, é francamente dominante a teoria da apprehensio (ou da amotio) sustentada, entre outros, por MEZGER (Strafrecht, II - Besonderer Teil, 6ª ed. §45, 2, pág. 124, Munchen und Berlin, 1958), WELZEL (Das

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Deutsche Strafrecht, 11ª ed., § 48, 2, ?b?pág. 349, Berlin, 1969), SCHOENKE-SCHROEDER (Atrafgesetzbuch, 11ª. ed. § 242, IV, pags. 975/977, Munchen und Berlin, 1963), PETTERS-PREISENDANS (Strafgesetzbuch, 27ª ed., §242, 4, págs. 427/428, Berlin, 1971). Todos eles salientam que, para consumir-se o furto (e também o roubo) basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo (?Vollendet ist der Diebstahl, wenn es dem Tater gelungen ist, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen Gewahrsam zu begründen?, acentuam PETTERS-PREISENDANZ, ob. cit., §242, 4, pág. 427). E se o ladrão já se encontra em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si. [...] O problema, portanto, é saber quando é que ocorre o início da posse do ladrão pela apreensão, e, consequentemente, a extinção da posse pela vítima.

Alguns autores – como ANTOLISEI (ob. cit., pág. 211) – sustentam que a posse tem, no direito penal, conceito diverso da posse no direito civil. E, com base nisso, caracterizam a apreensão (ou seja, o apossamento pelo ladrão) como entendem que deveria ser ela caracterizada. Por isso, ora aludem a que o apossamento só se verifica quando há disponibilidade autônoma da coisa pelo ladrão, ora se referem à necessidade, para ocorrer o apossamento, de que a coisa tenha saído da esfera de vigilância da vítima. A essa posição – a de que o conceito de posse no direito penal é diverso do conceito de posse no direito civil – há uma objeção que se me afigura irrespondível, e que é assim sintetizada por FOSCHINI (ob. cit, pág. 25), com apoio nos trabalhos específicos de PANAIN e de VERNA: [...] Com efeito, se a lei penal não tem elementos de que se possa extrair, indubitavelmente, um conceito penalístico de posse diverso do que lhe dá o direito civil – e essa ausência de elementos ocorre, indiscutivelmente, no furto e no roubo –, não tem sentido que, em se tratando de direito penal cuja segurança dos conceitos é garantia indispensável à liberdade, se deixe ao critério subjetivo da doutrina ou dos juízes a fixação do que vem a ser posse para o direito penal, ao invés de observar a sua disciplina legal no campo do direito – que é o civil – onde se elaborou esse conceito. [...] No Brasil, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (Lições de Direito Penal, Parte Especial, arts. 121 a 212, n. 279, pág. 264, Rio de Janeiro, 1983), ao tratar do objeto da tutela jurídica em se tratando de furto, e depois de salientar que a propriedade é atingida pela subtração e a posse pela apropriação, reconhece que: ?Para o conceito de propriedade e de posse, deve buscar-se a noção de Direito Civil. Não existem conceitos de posse e propriedade peculiares ao Direito Penal?. Ora, em direito civil brasileiro, há posse da coisa quando ocorre, de fato, o exercício de poderes inerentes à propriedade (art. 485 do C. Civil); ela se adquire inclusive por apreensão (art. 493, I) e se perde, também, ?pelaposse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente" (art. 520, IV), sendo certo ainda que não induzem posse os atos violentos ou

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade (artigo 497), e que o possuidor esbulhado poderá restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo (artigo 502). Por aí se vê, sem maior esforço, que, para haver a aquisição da posse por apreensão e a consequente perda da posse contra a vontade do antigo possuidor, é preciso que se tenha poder de fato sobre a coisa, imediatamente depois de cessada a clandestinidade ou a violência, tanto assim que o possuidor esbulhado e, portanto, o que perdeu a posse pela apreensão de outrem) poderá restituir-se (o que implica dizer: recuperar a posse) por sua própria força, se agir imediatamente, ou após breve intervalo de tempo. Por isso diz CLÓVIS BEVILAQUA (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. 3, 3ª. ed., pág. 31, Rio de Janeiro, 1930) – para quem logo só devia ser entendido como incontinenti, não admitindo (ao contrário da doutrina dominante o breve intervalo que: ?O desforço deve ser ato contínuo, imediato. Se se trata de coisa móvel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objeto, e retomar-lho?. O esbulho se concretiza com a tomada violenta ou clandestina do objeto no instante em que cessou a violência ou a clandestinidade, e o ato de perseguição e retomada já constituem etapas da reintegração na posse por desforço imediato. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição – não fosse a legitimidade do desforço imediato – seria ato de turbção (ameaça) à posse do ladrão. Com base em que, senão no arbítrio, se poderá pretender, no Brasil, que alguém quando subtrai coisa alheia por ato violento ou clandestino, cessada a violência ou a clandestinidade, ainda não é possuidor, mas meramente detentor enquanto não sair da esfera de possibilidade de vir a ser seguido, de imediato, pela vítima? O Código Civil é categórico no sentido de que há, nesses casos, posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade, tanto é assim que o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata. E o Código penal não caracteriza o furto como subtração de coisa alheia móvel com fuga feliz..., que a tanto vale dizer – sem apoio em qualquer penal, ou não – que não há subtração sem posse tranquila. Se o ladrão em fuga, embora perseguido – e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado –, pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa? Para sustentar o contrário, NELSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, vol. VII, 4ª. edição, n. 7, págs. 25 a 27, Forense, Rio de Janeiro, 1980), sem demonstrar que, em nosso direito, há um conceito especial de posse no direito penal (e não há), criou um sistema

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

possessório próprio, totalmente contrário ao único existente na legislação do país que é o do direito civil, com a criação de conceitos novos – assim, o de ?posseexclusiva e sossega do ladrão? como meio de ?perda da posse, em desfalque de domínio?;e – o que é pior – com incoerências sérias, como a afirmação de que ?enquantodura a perseguição..., não se pode dizer que o proprietário haja perdido a posse da coisa, isto é, que tenha cessado a sua posse para instaurar-se a do ladrão? e que é incompatível com a que se lhe segue, segundo a qual ?...nãoé espoliado patrimonialmente o dominus que, atacado na sua posse, a defende in continenti e a retoma?,e isso porque só se retoma posse que se perdeu, e o proprietário perseguidor não a teria perdido...O mais curioso, porém, é que, depois de NELSON HUNGRIA dizer que para haver perda da posse pela vítima é preciso que o ladrão tenha a possibilidade de disposição livre e tranquila da coisa, considera, no entanto, consumado o furto "da criada que sub-repticiamente empolga uma joia da patroa e a esconde no seio ou mesmo nalgum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro", hipótese em que a criada não tem, obviamente, a possibilidade de disposição livre e tranquila, e hipótese em que, para o nosso sistema jurídico (a posse só surge quando cessa a clandestinidade), haveria, aí, sim, mera detenção. E com o reconhecimento de consumação do furto nesses casos, acaba o requisito de que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, requisito esse que é o complemento indispensável da posse sossegada como meio de apreensão capaz de determinar a perda da posse do lesado (grifei).

Encontra-se pacificado, desde então, pelos Tribunais Superiores o entendimento de que se considera como consumado o delito de furto, assim como o de roubo, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessária a posse mansa e pacífica ou desviada do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial.

Por oportuno, confirmam-se recentes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. FURTO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A consumação do crime de furto se dá no momento em que a coisa é retirada da esfera de disponibilidade da vítima e passa para o poder do agente, ainda que por breve período, sendo prescindível a posse pacífica da res pelo sujeito ativo do delito. 2. No caso concreto o furto ocorreu em sua forma consumada, pois após a subtração de um hidrômetro, a polícia militar foi acionada e, deslocando-se pelas imediações do local do crime, localizou o paciente portando a res furtiva. 3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 220.084/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FURTO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME. VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DESPROVIDO. - A pretensão da defesa ao alegar que inexistem provas suficientes para a condenação do recorrente, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos.

- O delito de furto ou roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da res, ainda que não tenha tido posse tranquila, sendo desnecessário que o bem saia da esfera da vigilância da vítima, ou mesmo que o bem seja retomado por perseguição policial. - Inviável o apelo nobre quando não demonstrada a sugerida divergência jurisprudencial nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 493.567/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 26/8/2014, DJe 10/9/2014).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. CONSUMAÇÃO DO CRIME DE FURTO. POSSE TRANQUILA DA RES. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento pacificado nesta Corte, que considera consumado o crime de roubo, bem como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da res furtiva, ainda que haja perseguição policial e não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1346113/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/4/2014, DJe 30/4/2014).

E do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO UNÂNIME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FURTO A RESIDÊNCIA MEDIANTE ESCALADA. MOMENTO DE CONSUMAÇÃO DO DELITO DE FURTO. 1. Para a consumação do furto, é suficiente que se efetive a inversão da posse, ainda que a coisa subtraída venha a ser retomada em momento imediatamente posterior. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. 2. Ordem denegada.

(HC 114329, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1/10/2013, DJe 18/10/2013).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO CONSUMADO. RECONHECIMENTO EM SEDE DE RESP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ORDEM DENEGADA. O Superior Tribunal de Justiça ateve-se à questão de direito para, sem alterar ou reexaminar os fatos, assentar a correta interpretação do art. 14, II, do Código Penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada ?esfera de vigilância da vítima? e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da res furtiva, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata. Precedentes. O princípio constitucional da individualização da pena não tem relação com a definição do momento consumativo do delito. Writ denegado.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(HC 108678, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/4/2012, DJe 10/05/2012).

Destarte, encontrando-se o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte, deve ser reformado.

Assim, delimito a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição do agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado.

Comunique-se, imediatamente, ao Presidente do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, encaminhando-lhes cópia do presente acórdão, nos termos dos arts. 543-C, §7º, do Código de Processo Civil e 5º da Resolução n. 8/2008 do STJ."

(STJ – Resp 1.524.450/RJ – **Rel. Min. Nefi Cordeiro** – 3ª Seção – j. em 14/10/2015 – DJe de 29/10/2015).

E agora, alguns dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que vêm ao encontro desse entendimento:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. **FURTO QUALIFICADO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.** PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. MULTIRREINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso, FELIPE invadiu a empresa durante a noite, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu as conexões de alumínio e as entregou para DANIEL, que aguardava na calçada, do lado de fora. Nesse momento, a proprietária chegou, tendo os agravantes empreendido fuga sem os objetos subtraídos. Logo em seguida, foram presos pela polícia militar.

Nessas circunstâncias, não há falar em crime tentado, conforme tese firmada por esta Corte Superior no Tema Repetitivo 934, segundo a qual "consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada".

2. Quanto às penas-base, o acórdão está em consonância com o entendimento pacífico no sentido de "que o reconhecimento de uma das qualificadoras já basta ao enquadramento do fato perpetrado no tipo penal violado, inexistindo óbice a que as sobejantes sejam utilizadas como circunstância negativa passível de consideração na fixação da pena-base" (AgRg no HC n. 895.146/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

3. Também não se mostra cabível a compensação integral da multirreincidência de DANIEL com a confissão espontânea, visto que,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

nesses casos, deve ser reconhecida a "preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea" (REsp n. 1.931.145/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 24/6/2022).

4. Embora as penas não tenham ultrapassado quatro anos, os regimes semiaberto e fechado foram devidamente fixados, com observância do disposto no art. 33 c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, uma vez que ambos os agravantes possuem circunstâncias judiciais desfavoráveis e DANIEL é reincidente. Dessa forma, a detração prevista no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal - CPP não conduz à modificação do regime prisional.

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg nos EDcl no HC n. 938.096/SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. 30/9/2024 - DJe de 3/10/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO VÍTIMA. CONSUMAÇÃO. AGENTE DETIDA NO ESTACIONAMENTO. INVERSÃO DE POSSE. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (Tema Repetitivo n. 934).

2. Para caracterizar consumação do furto, é irrelevante eventual monitoramento da conduta por sistema de vigilância do estabelecimento vítima, mesmo que a acusada haja sido detida ainda no estacionamento da empresa.

3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada em tais pontos.

4. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no AREsp n. 2.583.131/SC - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma - j. 18/6/2024 - DJe de 25/6/2024);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONSUMADO COM A INVERSÃO DA POSSE DO BEM SUBTRAÍDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.524.450/RJ, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, sob o rito do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento de que o crime de furto se consuma 'com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

mansa e pacífica ou desviada.

III - No presente caso, a Corte local concluiu fundamentadamente pela prática do delito em sua modalidade consumada, consignando que houve a efetiva inversão da posse dos bens, ainda que por breve período de tempo, uma vez que o paciente foi surpreendido já em seu veículo, "em rota de fuga, apenas não tendo sucesso pela rápida atuação dos dirigentes do mercado que fecharam os portões" do estacionamento, entendimento que está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IV - Para acolher a tese da defesa e afastar a conclusão bem exarada pelas instâncias ordinárias seria necessário amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC n. 780.259/SP - **Rel. Min. Messod Azulay Neto** - Quinta Turma - j. 11/12/2023 - DJe 14/12/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE: MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE CRIME TENTADO. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA AMOTIO. REGIME CARCERÁRIO INICIAL FECHADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. LEGALIDADE. DETRAÇÃO PENAL. IRRELEVÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

[...]

4. Não comporta acolhimento o pedido de reconhecimento da tentativa, isso porque as instâncias pretéritas, soberanas na apreciação dos fatos e das provas, registraram que "o réu foi abordado após a inversão da posse dos bens subtraídos, fora do local onde ocorrida a subtração", consumando-se o furto (Teoria da Amotio).

5. É adequada a fixação do regime fechado, quando, apesar de a pena ter sido fixada abaixo de 4 (quatro) anos de reclusão, o Réu ostenta maus antecedentes e é reincidente (art. 33, §2.º e §3.º, do Código Penal). Assim, é irrelevante a aplicação do art. 387, §2.º, do Código de Processo Penal, pois o desconto do tempo de prisão cautelar não afetaria a eleição do regime carcerário inicial.

6. Sendo o Réu reincidente e ostentando maus antecedentes, não estão presentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (art. 44, incisos II e III, do Código Penal).

7. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC n. 778.116/SP - **Rel. Min. Laurita Vaz** - Sexta Turma - j. em 13/3/2023 - DJe de 23/3/2023);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA ESCALADA. PRESENÇA DE PROVA PARA O

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

SEU RECONHECIMENTO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO REAJUSTE. **CRIME CONSUMADO**. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. Quanto ao momento consumativo do crime de furto, é assente a adoção da teoria da *amotio* por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o referido crime consuma-se no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa subtraída, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

3. No caso, o crime de furto em questão consumou-se, porquanto houve a efetiva inversão da posse, malgrado não tenha sido mansa e pacífica, até a abordagem policial, momento em que a coisa foi devolvida à vítima. Por consectário, não há falar em redução da pena pela tentativa no patamar de 2/3.

[...]

10. Agravo desprovido."

(STJ – AgRg no HC 737.649/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 04/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 14, II, 17, E 65, III, D, TODOS DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CRIME IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. SÚMULA 567/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. **MOMENTO CONSUMATIVO. CESSAÇÃO DA CLANDESTINIDADE. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. PRESCINDIBILIDADE. RESP N. 1.524.450/RJ. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MANUTENÇÃO DO RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO QUE SE IMPÕE.** PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA PARA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 65, III, D, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ.

[...]

3. Descabido o reconhecimento da modalidade tentada. Ao tratar da matéria, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região apresentou o seguinte fundamento: acerca da aplicação da causa de diminuição do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal, a tese não merece acolhida, pois se trata de crime consumado e não tentado, cujo momento consumativo, reitere-se, se deu com a apropriação indevida do bem, aproveitando-se o agente de sua qualidade de funcionário público equiparado (fl. 352).

4. A conclusão alcançada nos autos encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal, haja vista, para a consumação do crime patrimonial, ser desnecessária a cessação da clandestinidade ou da violência, bem como a posse mansa e pacífica da res furtiva.

[...]

7. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no REsp 1.951.407/RJ – **Rel. Min. Sebastião Reis Júnior** – Sexta Turma – j. em 11/10/2022 – DJe 14/10/2022);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CRIME IMPOSSÍVEL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FORMA CONSUMADA. REGIME.

1. A tese de crime impossível não foi apreciada na origem. Trata-se de supressão de instância. Além disso, o agravante, nas razões do agravo regimental, não impugnou esse fundamento.

2. Inviável a aplicação do princípio da insignificância, pois, além de se tratar de furto qualificado, o agravante possui maus antecedentes e é reincidente em crimes da mesma natureza.

3. É "assente a adoção da teoria da amotio por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os referidos crimes patrimoniais consumam-se no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima" (HC n. 495.846/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe de 11/6/2019.)

4. Inviável a fixação do regime semiaberto, a despeito de a pena ser inferior a 4 anos, pois o paciente é reincidente e a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC n. 755.713/SP – **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** - Sexta Turma – j. em 27/9/2022 - DJe de 4/10/2022);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO CONSUMADO. **PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. INVERSÃO DA POSSE DA COISA ALHEIA MÓVEL RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSE MANSO E PACÍFICA OU DESVIGIADA.** PRESCINDIBILIDADE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE MOLDURA FÁTICA EXPRESSAMENTE DELINEADA NO ACÓRDÃO. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.524.450/RJ, de relatoria do Ministro NEFI CORDEIRO, sob o rito do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento de que o crime de furto se consuma "com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".

[...]

5. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no REsp 2.004.495/GO – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 09/08/2022 – DJe 16/08/2022);

"HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INAPLICABILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. **TENTATIVA. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSO E PACÍFICA.** EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

[...]

3. Para a consumação dos crimes de furto e roubo, basta o desapossamento da coisa subtraída, o que ocorre com a inversão da posse, sendo prescindível esta ser mansa e pacífica.

Precedentes do STJ.

[...]

5. Habeas Corpus concedido apenas para obstar à execução provisória da pena."

(STJ – HC 587.756/DF - **Rel. Min. Nefi Cordeiro** – Sexta Turma - j. 18/08/2020 - DJe 27/08/2020);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL. TEORIA DA AMOTIO. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. SÚMULA N. 567 DO STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REINCIDENTE EM CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - "Outrossim, quanto ao momento consumativo do crime de roubo, nos mesmos moldes do crime de furto, é assente a adoção da teoria da amotio por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os referidos crimes patrimoniais consumam-se no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima" (HC 459.678/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 30/04/2019).

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(STJ – HC 499.653/SP - **Rel. Min. Felix Fischer** – Quinta Turma – j. em 21/05/2019 – DJe de 21/05/2019);

"RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. AFASTAMENTO. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA.

1. Hipótese em que a instância de origem decidiu que o furto não se consumou porque a prisão dos acusados ocorreu em momento imediatamente posterior à subtração, com a recuperação do produto do ilícito, sem que o agente tenha desfrutado da posse mansa e pacífica da coisa furtada.

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que para consumação do furto, basta o desapossamento da coisa subtraída, o qual se dá com a inversão da posse, não sendo necessário que a res furtiva saia da esfera de vigilância da vítima, e muito menos que o agente tenha posse mansa e pacífica sobre a mesma.

3. A Terceira Seção desse Superior Tribunal de Justiça, julgando recurso especial representativo da controvérsia, na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil revogado (regime dos recursos repetitivos), com disciplina atual no artigo 1.036 e seguintes do CPC em vigor, em decisão unânime, pacificou a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

matéria, assim resumida: "consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva , ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada." (REsp 1.524.450/RJ, Relator MINISTRO NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015).

[...]"

(STJ – REsp 1.716.938/RJ – Rel. Min. Jorge Mussi – Quinta Turma – j. em 19/04/2018 – DJe de 27/04/2018).

No mais, não prospera o pedido de absolvição imprópria formulado pela defesa da **ré Jennifer da Silva**.

Descabe falar em absolvição imprópria no caso em tela. Primeiramente, a defesa da ré não solicitou a instauração de incidente próprio durante o processo, não constando tal pedido na defesa prévia ou no termo de audiência. Além disso, sendo a ré considerada revel, a realização de exame pericial seria inviável.

Vale ressaltar que a ré prestou declarações lúcidas na fase extrajudicial (fls. 19), descrevendo de forma dinâmica os fatos narrados por ela, na companhia do réu Júlio César, a denotar que ambos permaneceram um tempo considerável com a vítima, enganando-a e agindo em conluio. Esse comportamento indica um planejamento consciente da ação ilícita, descartando a possibilidade de inimputabilidade e reforçando a negativa do pedido de absolvição imprópria.

Logo, não se evidencia que a ré era inteira ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É descabido, mesmo, falar-se em absolvição imprópria por duas razões principais:

A uma, porque diante da situação de que a defesa da ré não solicitou a instauração de exame de "insanidade mental" durante o processo, não é possível atestar se, ao tempo do crime, a ré possuía entendimento

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sobre o caráter ilícito do fato;

A duas, porque na remota possibilidade de que o pedido fosse apreciado na Origem, a mera alegação de ser a ré usuária de substâncias entorpecentes, por si só, não autoriza a realização do exame de dependência toxicológica e, conseqüentemente, não justifica a eventual absolvição imprópria da ré. Tal absolvição somente se justificaria se houvesse dúvida fundada a respeito do poder de autodeterminação dela ou diante de evidências de que ela pautou a sua conduta em virtude da alegada dependência.

Por sinal, vale ressaltar, que cabe à defesa da ré comprovar a alegada dependência química, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal. Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DE GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE DELITO. ABORDAGEM EM VIA PÚBLICA. FUNDADAS SUSPEITAS IN CASU. INVASÃO DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DE **INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/6. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

VI - In casu, depreende-se dos autos que **a instauração do referido incidente de dependência toxicológica foi indeferida pelas instâncias ordinárias, motivadamente, em virtude de não haver nos autos quaisquer indícios de prova a demonstrar dúvida concreta quanto à integridade mental do paciente.** [...] Habeas corpus não conhecido."

(STJ – HC 718.117/SP – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 22/03/2022 – DJe de 25/03/2022);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DEFENSOR DATIVO. JULGAMENTO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VIRTUAL. MANIFESTAÇÃO DE OPOSIÇÃO INTEMPESTIVA. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICO/TOXICOLÓGICO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA PARA CONDENAÇÃO. AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...]

5. O art. 400, §1º, do Código de Processo Penal autoriza ao Magistrado indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a necessidade de realização de laudo de dependência toxicológica deve ser demonstrada com base em elementos concretos, de modo que a simples alegação da condição de usuário não é suficiente para justificar a submissão do réu à referida perícia.

6. Na hipótese, a instauração do incidente de dependência toxicológica foi indeferida, motivadamente, em virtude de não haver nos autos quaisquer indícios de prova a demonstrar que o envolvido é dependente químico. Dessarte, não há se falar em cerceamento de defesa. Ademais, decidir pela necessidade do referido exame, modificando tal conclusão, seria necessário o aprofundado exame do conteúdo da ação penal, providência que, sabidamente, é inviável no recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

[...]

8. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no REsp 1.915.434/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 13/04/2021 – DJe de 19/04/2021).

Sendo assim, não há que se falar em absolvição imprópria.

Portanto, a condenação é medida de rigor, tendo em vista que se comprovou que os réus subtraíram para si, mediante fraude e em concurso de agentes, aproximadamente R\$ 1.226,91 (um mil, duzentos e vinte e seis reais e noventa e um centavos), pertencentes à vítima Milton Firmino Junior, curial tendo eles agido com o dolo adequado à espécie, de acordo com tudo o que já se analisou.

Às penas.

No que concerne às penas-base dos réus, elas foram fixadas acima do mínimo legal, uma vez que, como bem salientado na sentença, há circunstância judicial a desfavorecê-los.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Deveras, na dosimetria das penas dos réus devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possam calibrar as penas em conformidade com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico.

Quiçá das mais importantes - se não a mais - das normas do Código Penal, é o mencionado artigo, que propicia a concretização do justo, isto é, que norteia a justa retribuição estatal àquele que infringiu alguma norma penal, praticando um determinado crime. Paradoxalmente, entretanto, é este artigo costumeiramente desrespeitado, ao menos sob o ponto de vista da sua integralidade, poucos Magistrados atentando para os seus requisitos, que seguidos permitem o estabelecimento da pena necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Diz-se isso porque, no mais das vezes, sabe-se lá por qual insondável motivo, o Magistrado costuma transformar o art. 59, "caput", do Código Penal em uma espécie de binômio, no qual importariam, unicamente, os antecedentes criminais do réu e a sua eventual primariedade, esquecendo-se de considerar os demais requisitos: culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. E tudo isso, insista-se, sob o enfoque da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime praticado. Por isso, quando bem aplicado, quando analisado em sua inteireza, o artigo em pauta torna-se valioso e fundamental instrumento para que o Estado, que para si chamou a pacificação social, possa aplicar a pena justa, seja ela qual for.

Como lembrado por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"Política da Pena Mínima: tem sido hábito de vários Juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Despreza-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante. Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59, do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao Juiz ponderar, na aplicação da pena, 'a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado', para estabelecer 'a gradação material do perigo'. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que ele delinuiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as 'consequências' do crime (CP, art. 59).

Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas Comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo para análise: na figura fundamental, dispõe o Julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e consequências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado com intimidação de diversas pessoas, para

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de Justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais da fixação da pena, preordenados a torná-los 'necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (Código Penal, art. 59, "caput" (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inque. 2000)."

(**Código Penal Comentado**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008).

Convergindo para o entendimento acima, único que se crê adequado mas antes disso, legal, **JUAN CARLOS FERRE OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚNEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO** ensinam que é a partir da individualização judicial da pena que o Magistrado consegue, desde uma estruturação em torno das disposições legais, estabelecer a espécie e a quantidade da pena adequada, diria eu, justa, a cada autor de um determinado crime. E na linha do afirmado, após dissertarem, com a profundidade recomendada, inclusive acerca dos limites da pena, voltam as suas atenções para a determinação da pena-base, ápice, verdadeiro vértice do triângulo em que se enfeixam os critérios que norteiam o sistema trifásico de fixação da pena.

Assim, é do ensinamento dos autores:

"O art. 59 do CP brasileiro traz uma série de critérios para se cumprir adequadamente com esta tarefa:

A culpabilidade. Para se poder aplicar qualquer tipo de pena, é imprescindível constatar a culpabilidade do sujeito. Dita culpabilidade nunca pode se basear na retribuição, mas sim na prevenção, e é essencialmente graduável. Conforme a necessidade preventiva da pena, e atendendo aos limites que marcam o princípio de proporcionalidade, o juiz deve raciocinar sobre a quantificação da pena na medida da culpabilidade.

Os antecedentes. Faz-se referência aos antecedentes criminais do condenado. O sistema penal de um Estado social de Direito, que não se baseia na pura retribuição, deve colocar os antecedentes criminais do condenado em um lugar secundário. Estes antecedentes não devem ser considerados se forem suscetíveis de valoração para fins de reincidência, que sendo uma circunstância agravante, será observada no passo seguinte (vide infra, ponto 3.3.3). Tampouco cabe considerar 'antecedente' a forma de vida do sujeito, como seus costumes ou ocupações, na medida em que não sejam criminosas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(ou seja, penalmente típicas e antijurídicas). Nem os meros processos iniciados contra a pessoa, ou as sentenças condenatórias recorríveis. Em conclusão, os antecedentes a que faz referência o art. 59 do CP resumem-se a condenações anteriores por crimes, que não estão compreendidas dentro do conceito de reincidência (arts. 63 e 64 do CP, ou seja, se anteriores à primeira condenação, se passados mais de cinco anos da condenação anterior, ou se tratar de crimes militares ou políticos).

A conduta social. Refere-se à forma de vida do condenado, ou seja, um critério que pode ser utilizado em seu favor ou contra ele. A manutenção desta pauta deve ser questionada. É que nenhum órgão jurisdicional pode ser totalmente objetivo na hora de julgar o comportamento social de outros (em troca, deve-se exigir-lhe objetividade ao analisar o comportamento criminoso). Podem aparecer prejuízos e parâmetros que em nada têm a ver com a medida de uma pena. E também podem renascer as propostas mais aberrantes, que materializem a persecução penal da marginalidade (cultural, sexual, econômica etc). Por outro lado, não devemos esquecer que o ato dos sujeitos que não respeitam estritamente todos os parâmetros sociais foi, em muitas ocasiões, positivo para a sociedade, foi o motor das trocas mais audaciosas, e nem por isso, menos relevantes.

A personalidade do agente. Toda indagação sobre a personalidade baseia-se nas abordagens da psicologia e da psiquiatria. O sujeito já foi considerado imputável e, portanto, merecedor de pena. Sua personalidade já teve que ser considerada na culpabilidade. Quais parâmetros da personalidade, alheios à culpabilidade, podem ser úteis para aumentar ou reduzir uma pena que já foi declarada merecida e necessária? Como ocorre com a valoração da conduta social, a indagação sobre a personalidade não deve cobrir a exaltação de prejuízos morais ou sociais do que alguns julgadores podem fazer uso e abuso.

Os motivos. Podem aumentar ou diminuir a pena. São aspectos subjetivos, os últimos fins que levam ao cometimento do fato criminoso.

As circunstâncias do crime. São elementos acidentais, que fazem referência ao maior, ou menor, desvalor da ação, ou do resultado, tudo aquilo que pode ser suscetível de graduação (maior ou menor injusto, maior ou menor quantidade de dolo etc.) Não se podem considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes legalmente previstas, pois sua consideração corresponde ao passo seguinte (vide infra, ponto 3).

As consequências do crime. Refere-se ao dano real ou potencial causado, ou seja, o desvalor do resultado. Logicamente o crime pode ter outras consequências indiretas (afetação de terceiros, suicídios, prejuízos que escapam da relação entre autor e o bem jurídico tutelado etc). Mas estes resultados não podem ser considerados, porque não se pode responder em maior medida por algo que não se conhece, aquilo que excede o requerido pelo tipo penal e pode não estar abrangido pelo dolo.

O comportamento da vítima. A atuação da própria vítima pode influir na realização do crime. O que pode repercutir em um aumento ou diminuição da pena, conforme o caso.

O determinante será considerar como devem ser avaliados estes elementos pelo órgão jurisdicional. Não se trata de uma mera operação aritmética, mas de uma solução ponderada e racional. O

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ponto básico de referência é a prevenção especial positiva (ressocialização), complementada em um segundo plano pela prevenção geral positiva (seriedade da ameaça) e pelo princípio da proporcionalidade. Estes fins e princípios proporcionam ao juiz a principal referência para desenvolver um processo lógico, relacionando o fato criminoso e seu autor com determinada medida de pena. O juiz deverá considerar todos os critérios enunciados pelo art. 59 do CP, mediante uma ponderação cujo centro deve ser a culpabilidade do autor. A partir dali ajusta-se a pena-base com o auxílio dos demais critérios."

(**Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, Princípios Fundamentais e Sistema, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011).

Pode-se afirmar, corolário do que se sustenta, ainda em atenção ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que estipula que a Lei regulará a individualização da pena, aqui entendido o art. 59, "caput", do Código Penal, não haver impedimento, antes disso, ser imperiosa a fixação da pena-base acima do mínimo legal toda vez que se demonstrar que as diretrizes do sobredito artigo codificado são desfavoráveis, total ou majoritariamente, ao réu. De sorte que somente se tais diretrizes forem favoráveis ao réu é que terá cabimento a fixação da pena-base no seu mínimo legal; do contrário, necessariamente, deverá ela ser fixada acima do mínimo legal. Nesse sentido, por sinal, invoco antecedente da relatoria do excelso Ministro que, outrora, iluminou esta Corte de Justiça: STF - HC 88.284/SC – 2ª T - **Rel. Min. CEZAR PELUSO** - j. 24.04.2007 - v.u. Decorre desse entendimento, como diferente não haveria de ser sustentado, inexistir impedimento para a fixação da pena-base no máximo previsto em lei, ou bem acima do seu mínimo, impondo-se o afastamento de fetichismos preconceituosos que, abstrata e genericamente, voltam-se contra essa possibilidade que é legal. Entendimento outro ao que se sustenta, "contrario sensu", imporia, também, que se voltasse contra a fixação da pena-base no mínimo previsto em lei, como se os parâmetros extremados, a representar suposto radicalismo de um lado e de outro, não refletissem, para um determinado caso concreto, medida de estrita obediência aos cânones constitucionais e legais, a aplicação da Justiça concreta, a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. É ainda **GUILHERME**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DE SOUZA NUCCI quem menciona, sobre o tema, Doutrina alheia, menção feita na obra antes destacada, quando se tangencia a questão da possibilidade de aplicação da pena-base no máximo previsto em lei:

"Na doutrina, explica **Mariângela Gama de Magalhães Gomes** que 'o máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade. (...) A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente' (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 164-165).".

E tudo isso, insisto, para os fins da necessidade e suficiência para a reprovação e a prevenção do crime, haja vista que a reprovação do crime tem a ver com o castigo impingido ao réu enquanto a prevenção tem a ver com o exemplo que se dá à sociedade, valendo para fins dissuasórios.

Quanto à pena do réu Júlio César.

A pena-base do réu foi exasperada na Origem, porque o Juízo "a quo" considerou a maior culpabilidade da ação, aferida pelas duas qualificadoras (fraude e concurso de agentes), sendo aplicável apenas uma para fins de exasperação da basilar e a outra para inaugurar a qualificadora, a justificar, portanto, a elevação da pena-base, 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, diária mínima.

A duplicidade de qualificadoras induz à necessidade de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

exasperação da pena-base. Aliás, já decidiu a CORTE SUPREMA que a existência de duas ou mais qualificadoras no crime de furto, podem servir, uma delas para inaugurar a pena-base, a outra para exasperá-la acima do mínimo legal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSTANTES NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. **PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS PREVISTAS NO MESMO TIPO PENAL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE APENAS UMA DELAS. AS DEMAIS DEVEM SER CONSIDERADAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE AGRAVAMENTO DE PENA.** FUNDAMENTOS DO DECISUM COMBATIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I - O presente recurso mostra-se inviável, pois contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos, sem, no entanto, revelar quaisquer elementos capazes de afastar as razões decisórias por mim proferidas. II - A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria em questão. III - O art. 41 do CPP determina que a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. IV - O entendimento externado pelos Ministros integrantes da Sexta Turma do STJ está em harmonia com a referida orientação jurisprudencial desta Suprema Corte. V – Agravo ao qual se nega provimento." (STF – RHC 185.560/SP – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Segunda Turma – j. em 08/09/2020 – DJe de 17/09/2020);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. **FURTO QUALIFICADO. CONSIDERAÇÃO DE DUAS QUALIFICADORAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA.** REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A exasperação da pena-base e o respectivo *quantum* foram justificados pela consideração de duas das qualificadoras apuradas como circunstâncias judiciais, de modo que não se verifica o alegado constrangimento ilegal. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, havendo mais de uma qualificadora, é legal a consideração de uma delas como circunstância judicial e a consequente fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal (...). Do contrário, seriam apenados igualmente fatos ofensivamente diversos, - crimes praticados com incidência de uma só qualificadora e aqueles praticados com duas ou mais qualificadoras (HC 95.157,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 1/2/2011).

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – AgR HC 145.000/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 04/04/2018 – DJe de 17/04/2018).

Em igual sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **FURTO QUALIFICADO**. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DE CIÊNCIA DAS PRECATÓRIAS CUMPRIDAS E ILEGALIDADE NA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA. TESE ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. **VALORAÇÃO DAS QUALIFICADORAS REMANESCENTES NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE**. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

6. Na presença de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais deverão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a agravantes, ou residualmente como circunstâncias judiciais.

7. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no REsp 2.001.502/RS – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 11/10/2022 – DJe de 18/10/2022);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **FURTO QUALIFICADO. DUAS QUALIFICADORAS. UMA VALORADA PARA QUALIFICAR O DELITO E OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE**. BIS IN IDEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. É firme na jurisprudência desta Corte Superior que "na hipótese de pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das demais para exasperar a pena-base ou agravar a pena intermediária na segunda fase do critério trifásico." (HC 296.009/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/2/2016).

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que refaça a dosimetria do paciente, considerando o redimensionamento da pena-base referente ao crime de furto qualificado para 2 anos e 6 meses de reclusão,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

(STJ – HC 448.053/TO – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 14/05/2019 – DJe 21/05/2019).

Acresço, para suplantar qualquer dúvida, o escólio ofertado por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, sobre o emprego de uma ou mais qualificadoras residuais para serem utilizadas como circunstâncias judiciais desabonadoras. "In verbis":

"Um crime pode conter, na sua descrição típica derivada, mais de uma circunstância qualificadora, dando ensejo ao reconhecimento concomitantemente, porque compatíveis, de duas ou mais. No caso do homicídio, v.g., pode perfeitamente ocorrer a presença da motivação torpe, associada à execução empreendida à traição e com emprego de fogo. Logo, tem-se uma tripla qualificação. O reconhecimento da primeira qualificadora permite a mudança da faixa de fixação da pena, que salta de 6 a 20 anos para 12 a 30. Não é razoável, após esse procedimento, o desprezo das outras duas relevantes circunstâncias igualmente presentes. A solução, portanto, uma vez que todas são circunstâncias do crime e, nesse caso, previstas em lei, deve levar o magistrado a considerar as duas outras como circunstâncias legais genéricas para o aumento da pena (agravantes). Eventualmente, quando inexistente circunstância qualificadora no rol das genéricas agravantes do art. 61 (como ocorre com o furto cometido mediante escalada), deve o julgador acrescentá-la como circunstância judicial (art. 59), algo sempre possível, inclusive por serem circunstâncias residuais."

(**Individualização da pena**, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora dos Tribunais, 2013 - grifou-se).

VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, no mesmíssimo entendimento, trata sobre o tema, ao comentar sobre o crime de furto:

"No §4º existem, ao todo, sete qualificadoras, distribuídas em quatro incisos. Em todas as figuras a pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa. Caso o juiz reconheça duas ou mais qualificadoras descritas nesse parágrafo, o que, aliás, é muito comum, deverá utilizar a primeira como qualificadora e as demais como circunstâncias judiciais para exasperar a pena-base (art. 59 do CP)."

(**Curso de Direito Penal**: parte especial, arts. 121 a 183, Editora Saraiva, 2016).

Na fase segunda, o Juízo "a quo" reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), bem

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

como reconheceu as agravantes do etarismo (art. 61, II, "h", do Código Penal), porquanto o réu cometeu o crime contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, pois nascida em 29/12/1958 (cf. boletim de ocorrência de fls. 03/04) e da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), uma vez ser ele possuidor de quatro condenações com trânsito em julgado da sentença, três delas por crimes de furto, caracterizando a reincidência específica (fls. 108/112 - processos-crime nºs. 0000958-86.2018.8.26.0282, 0000529-32.2017.8.26.0581, 0002566-66.2016.8.26.0581 e 0003759-19.2016.8.26.0581, cujos trânsitos ocorreram, respectivamente, em 20/11/2019, 13/02/2018, 22/05/2020 e 29/10/2018).

De saída, não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S): VOLNEI DA SILVA LEAL
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECD.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE -
Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I, do
artigo 61, do Código Penal, no que prevê, como agravante, a
reincidência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública. Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto condenatório, vir a sofrer consequências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do §2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – §2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional, impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, §2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do §4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e §1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A QUO. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal *a quo*,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e, até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido. Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940."

(STF - RE 453.000 – Tribunal Pleno – Repercussão Geral - **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – j. 04/04/2013 – Dje de 03/10/2013).

No entanto, o Juízo de Origem, em vez de proceder a um só aumento, nos termos do art. 67, do Código Penal, desdobrou a segunda fase em duas, primeiro agravando a pena em 1/5 (um quinto), pelas duas agravantes (reincidência e etarismo) e depois atenuando a pena em 1/6 (um sexto), em razão da atenuante da confissão espontânea, o que é vedado pela Lei Penal.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Na verdade, conforme o entendimento de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a circunstância agravante da reincidência deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea (**ainda mais no caso dos autos onde o réu é multirreincidente**), em estrita observância ao disposto no art. 67, do Código Penal:

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO - NÃO CONHECIMENTO - ADEQUAÇÃO. O não conhecimento de agravo interposto com o fim de imprimir trânsito a recurso especial, não é óbice ao exame do habeas. HABEAS CORPUS - INSTÂNCIA - SUPRESSÃO. Revelando o habeas corpus parte única - o paciente, personificado pelo impetrante -, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. CRIME - CONFIGURAÇÃO. Constando do título condenatório a conclusão sobre a ocorrência do delito e a comprovação da autoria, imprópria é a absolvição. **PENA - ATENUANTES E AGRAVANTES - PREDOMINÂNCIA. A teor do disposto no artigo 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, preponderam os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.** PENA - CUMPRIMENTO - REGIME. O regime de cumprimento da pena é definido ante o patamar alusivo à condenação e as circunstâncias judiciais - artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal. (HC 174158, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020)" (STF – HC 174.158/SP – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Primeira Turma – j. em 11/05/2020 – DJe de 22/06/2020);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE**

1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, **'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada'** (RH C 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli).

2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual."

(STF – HC 105.543/MS – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 26.05.2014 – DJe de 27/05/2014);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. CONTUMÁCIA DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DOSIMETRIA. **CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. ART. 67 DO CP. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA.** FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL LOCAL NEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

5. **A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes.**

[...]

7. Recurso ordinário parcialmente conhecido e improvido."

(STF – RHC 118.107/MG – **Rel. Min. TEORI ZAVASCKI** – Segunda Turma – j. em 29/05/2014 – DJe de 30/05/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO.

I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita.

II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. **No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada.** Precedentes.

III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 120.677/SP – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Segunda Turma – j. em 01/04/2014 – DJe de 02/04/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. **PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES.** 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

[...]

2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes.

[...]

6. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 115.994/DF – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe de 17/04/2013).

A Doutrina, na melhor interpretação hermenêutica, assim também entende, a começar por **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ALICE BIANCHINI**:

"Concurso de agravantes com atenuantes: quais prevalecem? Por força do art. 67 do CP preponderam as subjetivas (personalidade, motivos e reincidência). Réu reincidente que reparou os danos: pelo CP deve preponderar a circunstância subjetiva (reincidência). De qualquer modo, o juiz está livre para valorar tudo isso em cada caso concreto. Uma vez mais o que vale mesmo é a razoabilidade."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, arts. 1º a 120, VOLUME. I, atualizado até março de 2015, Editora Jus, PODIVM, 2015).

Os mesmos autores acima, adiante, são categóricos e incisivos, quando elencam, dentre outros efeitos da reincidência, o da sua preponderância no concurso entre agravantes e atenuantes, à exceção da atenuante da menoridade.

Não diverge do entendimento acima **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"É possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea?"

Esse tema é de grande importância por se tratar de hipótese muito comum.

De acordo com o texto legal, a reincidência é circunstância preponderante enquanto a confissão não, de modo que deve prevalecer a exasperação. Este entendimento, aliás, é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme pode se confirmar nos seguintes julgados: HC 112.830, HC 108.391/MG; HC 96.063/MS; HC 106.514/MS; RHC 110.727/DF; RHC 103.560/DF.

Existem, contudo, inúmeros julgados em sentido diverso no Superior Tribunal de Justiça:

'Segundo a atual orientação da Terceira Seção desta Corte, a atenuante da confissão espontânea, por ser de mesmo valor da agravante da reincidência, quando separadas na segunda fase da fixação da pena, resulta na compensação de uma pela outra. 2. A confissão espontânea traz ao processo uma série

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca. Ela acarreta economia e celeridade processuais pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão. Também acrescenta segurança material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal. 3. Ordem concedida, em parte, para redimensionar a dosimetria da pena' (HC 242.422/MS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, julgado em 26-6-2012, DJ e 7-8-2012).

No mesmo sentido, podemos apontar os seguintes julgados do STJ: HC 194.189/DF; REsp 1.154.752/RS; REsp 1.305.833/RN, todos da 5ª Turma; HC 121.872/MG; HC 124.172/RN e HC 142.231/MG, todos da 6ª Turma.

Parece-nos que a primeira interpretação é a correta, quer por estar em perfeita consonância com o texto legal, quer por ter sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Assim, é caso de afastar a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, na esteira do pleito Ministerial, redimensionando a pena do réu para **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, além de 18 (dezoito) dias-multa, diária mínima**, o que, diante da ausência de causas de aumento ou de diminuição próprias da terceira fase da dosimetria, torna-a definitiva.

Quanto à pena da ré Jennifer da Silva.

Na primeira etapa do cálculo trifásico, o Juízo sentenciante considerou a presença de duas qualificadoras para fins de elevação da pena-base, ela sendo exasperada para 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no piso. Aqui, para se evitar exaustiva tautologia, reporto-me à fundamentação utilizada na pena-base do réu Júlio César sobre a possibilidade do uso de duas ou mais qualificadoras para se elevar a pena basilar.

Quanto a isso, correto o exasperamento fixado pelo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Magistrado, haja vista ter fundamentado a sua decisão na maior culpabilidade da ação, amparada nas duas qualificadoras (fraude e concurso de agentes). Logo, não merece ser acolhido o pleito defensivo pela redução do "quantum" de elevação da pena, uma vez que a Juiz de Direito sentenciante possui o livre convencimento para exasperar a pena basilar, não estando subordinada a frações previamente estabelecidas, exigindo-se apenas que o faça de forma fundamentada, como no caso em tela, entendimento, inclusive, na linha do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. **DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. CULPABILIDADE ACENTUADA. PERSONALIDADE VIOLENTA E PERIGOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO ACENTUADAS. CONSEQUÊNCIAS EXTREMAMENTE GRAVOSAS PARA A VÍTIMA. MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. DESLOCAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE PARA A PRIMEIRA FASE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NOS FUNDAMENTOS E NO INCREMENTO OPERADO NA BASILAR. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO CRIME TENTADO. INVIABILIDADE. EXTENSÃO DO ITER CRIMINIS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. A legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ademais, predomina nesta Corte Superior, o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior à fração de 1/6 (um sexto), demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão. Precedentes.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 799.939/SP - **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. 28/2/2023 - DJe de 6/3/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A reiteração delitiva afasta a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho. Precedentes.

2. No caso dos autos, consta o registro de 1 condenação transitada em julgado, 1 processo penal ainda em curso e 21 processos administrativos-fiscais contra o réu, por condutas semelhantes ao fato que lhe é imputado, circunstância hábil a afastar a incidência do princípio da insignificância.

3. A jurisprudência desta Corte entende que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidir o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Os antecedentes foram considerados desfavoráveis em virtude da existência de prévia condenação com trânsito em julgado pela prática do mesmo delito. Tal motivo é idôneo para exasperar a pena-base, por indicar maior reprovabilidade da conduta.

5. Não há na legislação brasileira, nem na jurisprudência desta Corte previsão de um percentual fixo para a exasperação da pena-base em razão da negatização de uma circunstância judicial.

6. Não se verifica desproporcionalidade no aumento de 4 meses para a circunstância judicial desfavorável ao acusado, pois tal acréscimo foi idoneamente motivado e levou em conta, inclusive, o máximo e o mínimo cominados para o crime de descaminho - 1 a 4 anos.

7. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no AgRg no AREsp 2.075.795/RS - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma – j. 14/09/2022 - DJe de 21/09/2022);

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÔBICE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA RECONHECIDAS COM BASE EM FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA-BASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 1/6 PELA RECIDIVA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ NÃO CARATERIZADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

6. No caso, a pena-base do crime de homicídio qualificado foi estabelecida em patamar favorável ao réu, considerando a presença de 3 vetoriais desabonadoras e o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima estabelecidas, que corresponde a 216 meses.

7. Em relação ao delito de roubo, foram valoradas negativamente 4 circunstâncias judiciais. Nesse passo, considerando intervalo de pena de 72 meses, o incremento da básica em 3 anos mostra-se, de igual modo, benéfico, não havendo se falar em desproporcionalidade sanável pela concessão de ordem de ofício.

8. Não se cogita de ilegalidade no incremento da pena de 1/6 pela reincidência. Com efeito, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. 9. As circunstâncias concretas do delito, praticado por três agentes fortemente armados, com restrição da liberdade das vítimas por diversos minutos durante a madrugada, as quais foram amarradas nuas, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das 3 majorantes do crime de roubo.

10. Writ não conhecido."

(STJ - HC 519.436/SP - **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma - j. 5/11/2019 - DJe de 12/11/2019).

Sendo assim, correta a exasperação da pena basilar para 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, diária mínima.

Na segunda fase do cálculo dosimétrico, o Juízo de Origem reconheceu a agravante do etarismo (art. 61, II, "h", do Código Penal), porquanto a ré e o seu comparsa cometeram o crime patrimonial contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, pois nascida em 29/12/1958 (cf. boletim de ocorrência de fls. 03/04).

A alegação de ausência de vulnerabilidade não se sustenta, haja vista que se trata de uma agravante objetiva. Para a sua configuração, basta que a vítima tenha idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. É importante ressaltar que o conhecimento do autor sobre a idade precisa da vítima é prescindível, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida por

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

lei. Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **FURTO QUALIFICADO**. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. FORMA QUALIFICADA DO CRIME. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA E AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO NÃO EVIDENCIADAS. DOSIMETRIA. PENA BASE. MAUS ANTECEDENTES EVIDENCIADOS. **IDADE DA VÍTIMA. AGRAVANTE DE NATUREZA OBJETIVA MANTIDA**. REGIME FECHADO PROPORCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de furto, quando, apesar do pequeno valor da res furtiva (R\$ 60,00), as condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto se mostram desfavoráveis. De fato, a prática de furto qualificado pelo concurso de agentes inviabiliza a incidência do princípio da insignificância.

2. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.

3. No caso, resta clara a contumácia delitiva do réu, em especial crimes patrimoniais, o que demonstra seu desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico.

4. Não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem.

Assim, considerando a existência de condenação transitada em julgado não valorada na segunda etapa da dosimetria da pena a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade a ser sanada na via do writ.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "por se tratar de agravante de natureza objetiva, a incidência do art. 61, II, 'h', do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida".

6. No que se refere ao regime prisional, não se vislumbra desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 anos de reclusão, os maus antecedentes do acusado implicaram majoração da pena base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula 269/STJ.

7. Agravo desprovido."

(STJ - AgRg no HC 798.897/SP - **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. 27/4/2023 - DJe de 3/5/2023);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ART. 157, §2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. BEM QUE NÃO FOI RESTITUÍDO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIA INERENTE AO TIPO. DECOTE DO REFERIDO VETOR. **AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA H, DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. PREVISÃO JÁ EXISTENTE NO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DE TERMO ABERTO POR PREVISÃO OBJETIVA. VÍTIMA QUE JÁ CONTAVA COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. AGENTE QUE NÃO PRECISA TER CIÊNCIA DA IDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. VULNERABILIDADE PRESUMIDA.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- Na hipótese, a valoração negativa das consequências do delito fundamentou-se no fato de a quantia subtraída não foi recuperada pela vítima. Entretanto, a diminuição do patrimônio da vítima é inerente à prática de crime contra o patrimônio, do qual o roubo é espécie. Necessário, portanto, o decote do referido vetor.

Precedentes.

- Na segunda fase da dosimetria, quanto ao pretendido afastamento da agravante prevista no 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal (ter o agente cometido o crime contra maior de 60 anos), deve-se ressaltar que a substituição da expressão velho, constante do texto anterior, por maior de 60 (sessenta) anos, incluída pela Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) no Código Penal, não tratou de inovação legal, mas apenas de substituição de conceito aberto - cuja interpretação poderia vir a ser subjetiva e ampla -, por termo objetivo.

- Tal substituição, porém, não é capaz de trazer prejuízos ao paciente, pois ficou claramente assentado nos autos que, ao tempo da prática do delito, a vítima já contava com 65 anos de idade. - Quanto à alegação de que o paciente não teria conhecimento da idade da vítima, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a referida circunstância tem natureza objetiva, a qual independe do conhecimento do agente para sua incidência, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena aplicada ao paciente, pelo delito previsto no art. 157, §2º, I e II, do Código Penal, para 10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 22 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(STJ - HC 403.574/AC - **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma - j. 17/5/2018 - DJe de 30/5/2018);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. AUMENTO DE 1/4. VÁRIAS CONDENAÇÕES. **AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "h", DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. SÚMULA N. 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. As condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes.

3. O aumento da pena-base em 1/4 não se mostra desproporcional, tendo em vista a existência de várias condenações anteriores.

4. A incidência da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código Penal, circunstância de natureza objetiva, independe da ciência do agente acerca da idade da vítima.

5. O aumento da pena, em 3/8, na terceira fase, não se deu com fundamento exclusivo no número de majorantes, mas sim em razão da maior reprovabilidade da conduta, evidenciada, sobretudo, pelo número de agentes [quatro] e pela restrição à liberdade das vítimas que foram colocadas em um quarto, amarradas, juntamente com os pais idosos. Não há, portanto, ofensa à Súmula n. 443 do STJ.

6. Habeas corpus não conhecido."

(STJ - HC 405.214/SP - **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma - j. 3/10/2017 - DJe de 16/10/2017).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do Superior Tribunal de Justiça, este é o entendimento deste Tribunal Bandeirante, a saber:

"APELAÇÃO CRIMINAL. **Furto**. Sentença condenatória. Recurso defensivo que visa a absolvição do recorrente. De forma subsidiária, pugna pela reforma da dosimetria, com o afastamento do aumento de pena em razão da idade da vítima. Impossibilidade. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. O acusado foi surpreendido pela vítima quando subtraía bens de sua residência. Pertences subtraídos da ofendida foram encontrados na residência do réu. Negativa do apelante restou isolada da plêiade probatória. Condenação mantida. Dosimetria da pena que não merece reparo. Indivíduo que possui maus antecedentes, além de ser multirreincidente específico. **Idade da vítima. Desconhecimento alegado pela defesa é irrelevante. Agravante de natureza objetiva. Precedentes.** Regime fechado mantido. Negado

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

provimento ao recurso."

(TJSP - Ap. 1500837-54.2023.8.26.0396 - **Rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto** - 13ª C. - j. 08/03/2024 - Dje 08/03/2024);

"APELAÇÃO CRIMINAL – **Furto Qualificado (artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal)**. Sentença Condenatória. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos da vítima e dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Condenação mantida. Dosimetria. Qualificadoras bem reconhecidas. Inaplicável a causa de aumento de pena referente aos furtos praticados durante o repouso noturno nas hipóteses qualificadas do crime. Entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Repetitivo (Tema 1.087). Possibilidade de valoração na primeira fase da dosimetria como circunstância judicial negativa. Circunstâncias judiciais desfavoráveis que impõem a exasperação das penas-base, contudo em patamar mais brando do que o estabelecido em sentença. **Mantido o reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal. Critério objetivo. Vítima que contava com 85 anos na data dos fatos. Precedentes do STJ.** Mantida a integral compensação entre a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal e a atenuante da confissão espontânea quanto ao réu Marcos Paulo da Silva. Regime semiaberto mantido. Recurso parcialmente provido."

(TJSP – Ap. 1501536-51.2022.8.26.0567 – **Rel. Des. Freddy Lourenço Ruiz Costa** - 8ª C. – j. 28/11/2023 – Dje 28/11/2023);

"APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo Majorado (artigo 157, §2º, II - três vezes, c.c. artigo 70, ambos do CP) - Recurso somente defensivo - Pleito de reconhecimento de crime único - Impossibilidade – Comprovada a pluralidade de bens subtraídos de ao menos três vítimas distintas (STJ) - **A agravante da senilidade das vítimas prevista no artigo 61, II, 'h', do CP, trata-se de circunstância objetiva, a qual independe do conhecimento do agente para sua incidência, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida (STJ)** - Pretensão de abrandamento de regime prisional – Impossibilidade – Para Douglas, Guilber e Lucas: Em face da reincidência, malgrado a favorabilidade na primeira etapa dosimétrica e a pena corporal seja superior a 4 e não exceda a 8 anos, o regime inicial não pode ser diverso do fechado (CP, art. 33, §2º, 'b', e §3º), descabendo cogitar 'in casu' no regime intermediário, tampouco no aberto - Para Marcos: Em razão da primariedade, com favorabilidade na primeira etapa dosimétrica e pena corporal superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime inicial não pode ser diverso do intermediário (CP, art. 33, §2º, 'b', e §3º), descabendo cogitar 'in casu' no regime aberto, tampouco no fechado - Pleito de aplicação da detração penal – Impossibilidade - Não tendo a origem procedido à detração prevista no §2º do artigo 387 do Código de Ritos, expedida a guia de recolhimento provisória (parágrafo único do artigo 2º da Lei de Execução Penal), incumbirá ao Juízo das Execuções fazê-lo (artigo 66, III, 'c'), competente que é também para decidir, quando o caso, sobre soma ou unificação de penas (alínea 'a' do artigo 66, III, e artigo 111 da mesma lei) - Cuidando-se de prática delitiva com

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

violência ou grave ameaça à pessoa, não se há cogitar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos (CP, art. 44, I). A bem da verdade, o 'quantum' sancionatório (superior a 4 anos) já obstaculiza tal permuta (CP, art. 44, I), o mesmo ocorrendo com o "sursis" penal (art. 77 do CP) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."

(TJSP - Ap. 1502092-04.2021.8.26.0530 - Rel. Des. Adilson Paukoski Simoni - 10ª C – j. 31/03/2023 – Dje 31/03/2023).

Ainda na segunda etapa da dosimetria, é caso de se reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea, ainda que ofertada em solo inquisitivo, uma vez que também foi utilizada para o convencimento do Juízo de Origem, em conformidade com a Súmula n. 545, do Superior Tribunal de Justiça, ora transcrita:

"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal."

Assim, reconheço a atenuante da confissão espontânea para a ré Jennifer da Silva, compensando-a com a agravante genérica do etarismo, tal como requereu a defesa, redimensionando a sua pena para **03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa**, o que, diante da ausência de causas de aumento ou diminuição da pena, próprias da terceira fase do castigo legal, torna-a definitiva.

3. Quanto os regimes prisionais dos réus.

O regime prisional para o cumprimento da pena do **réu Júlio César** deve ser o fechado, como requereu o "Parquet", uma vez ser ele multirreincidente, inclusive pela prática do mesmo crime em questão, situação que enseja a imposição do regime mais gravoso, diante da particularidade do caso, a impedir a fixação de regime mais brando, segundo previsão do art. 33, §3º, do Código Penal.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Isso porque, a jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais gravoso para o réu que ostente circunstâncias judiciais negativas ou seja reincidente (caso dos autos), aqui multirrecidente, inclusive específico, conforme o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006). AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO.

[...]

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do §2º do art. 33 do Código Penal. Inteligência da Súmula 719/STF. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 217.347 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022);

"Processual penal. Agravo regimental em Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de colaboração com o tráfico de drogas. Direito ao silêncio. Prejuízo. Demonstração. Necessidade. Dosimetria da pena. Fatos e provas. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

5. A imposição do 'regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea' (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na hipótese dos autos, o regime inicial fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida. O acórdão impugnado 'manteve o regime inicial fechado em razão da presença (a) de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP); e (b) da agravante da reincidência. Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fechado' (HC 116.574, Rel. Min. Teori Zavascki).

[...]

9. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – RHC 213.544 AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

LESÃO CORPORAL GRAVE. CONDENAÇÃO PENAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À PESSOA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

[...]

2. **A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e a eventual reincidência do apenado, conforme remissão do artigo 33, §2º e §3º, do mesmo diploma legal.**

3. **A circunstância especial de o agente ser reincidente constitui fundamento idôneo para a imposição de regime mais severo** (semiaberto), medida que se mostra adequada e necessária para a repressão e prevenção do crime e atende ao disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

[...]

6. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 216.154 AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022);

"EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A existência de circunstância judicial desfavorável e a reincidência do agravante são justificativas idôneas para a imposição de regime fechado.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 210.394 AgR/DF – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022).

Não bastasse este entendimento da SUPREMA CORTE, no mesmo sentido se alinha o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA NO HABEAS CORPUS. SOMENTE INOBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS OU FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. RAÇÃO DE 2/3. USO DE ARMA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DESPROVIDO.

[...]

VIII - Descabida a inovação recursal em sede de agravo regimental quanto à pretensão de fixação de regime inicial fechado. Ademais, ainda que assim não fosse, tem-se que o mesmo foi devidamente fundamentado, sendo o agravante reincidente e condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, cabível o regime fechado, notadamente tendo a pena-base sido majorada em razão dos antecedentes e das consequências do delito, bem como em face da gravidade concreta da conduta, praticada com violência real às vítimas em concurso de quatro agentes, assim como da condição de reincidente do agravante, o que legitima a imposição do regime mais gravoso.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido."

(STJ – AgRg no HC 740.038/SP – **Rel. Min. Jesuino Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022);

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REINCIDÊNCIA ATESTADA PELA CORTE ORIGINÁRIA. LAPSO ENTRE A DATA DA EXTINÇÃO DA PENA DO DELITO ANTERIOR E O DIA DO COMETIMENTO DE NOVO CRIME. PERÍODO DEPURADOR NÃO APERFEIÇOADO. ENTENDIMENTO INAFASTÁVEL. REANÁLISE DE PROVAS. ÓBICE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

V - Regime inicial. A jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que, ainda que o condenado ostente circunstâncias judiciais favoráveis e o quantum de pena aplicada seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, justifica-se o regime inicial fechado, quando este for reincidente. Confira-se: AgRg no REsp n. 1.712.438/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 26/03/2018; HC n. 402.449/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/08/2017.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 604.483/SP – **Rel. Min. Felix Fischer** – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020).

Pela mesma razão acima elencada e por vedação legal, o **réu Júlio César** não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, II, III e §3º, do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Código Penal.

No tocante à **ré Jennifer da Silva**, o regime estabelecido para o cumprimento do castigo legal foi o aberto, nos termos do art. 33, §2º, "c", do Código Penal, bem como foi beneficiada com a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, em favor do Hospital Nossa Senhora da Piedade, e 10 (dez) dias-multa, sem prejuízo dos dias-multa já fixados. Inteligência do art. 44, §2º, do Código Penal.

Por fim, não é caso de alterar a pena de multa por uma restritiva de direito, como requereu o "Parquet", porque tenho entendido que a preferência por qual pena alternativa (ou multa) a ser aplicada está sujeita à discricionariedade do Magistrado, que tem a liberdade de determinar a pena mais adequada para o caso específico. E, no caso em tela, o Juízo de Origem entendeu ser socialmente recomendável a fixação de uma restritiva de direito e multa, o que encontra amparo no art. 44, §2º, do Código Penal.

Registre-se o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, "in verbis":

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO CONDENADO ESCOLHER A SANÇÃO SUBSTITUTIVA. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de Richard Correa de Oliveira, condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, por furto (art. 155 do Código Penal), substituída por prestação pecuniária de um salário mínimo e pagamento de 10 dias-multa. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao recurso de apelação da defesa. A impetração busca a substituição da pena restritiva de direitos por multa, nos termos do art. 44, §2º, do Código Penal, sob a alegação de que o tribunal não aplicou a solução mais benéfica ao paciente. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em definir se o condenado

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

possui o direito subjetivo de escolher a pena substitutiva a ser aplicada, especificamente, se a pena restritiva de direitos pode ser substituída por multa. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O habeas corpus não é via adequada para substituir recurso próprio, sendo cabível apenas em casos de flagrante ilegalidade que configure constrangimento ilegal, conforme orientação do STJ e do STF.

4. A jurisprudência pacífica do STJ estabelece que não há direito subjetivo do condenado escolher a pena substitutiva a ser aplicada, cabendo ao magistrado definir a sanção mais adequada às circunstâncias do caso concreto, com base em critérios de adequação e necessidade pedagógica.

5. A aplicação de pena de multa como substitutiva não é recomendada quando o preceito secundário do tipo penal já prevê a pena de multa cumulativa, conforme entendimento reiterado pela jurisprudência do STJ. Não há flagrante ilegalidade que justifique a concessão de habeas corpus de ofício.

IV. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO."

(STJ - HC 821.707/SC - Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. 10/12/2024 - DJe de 17/12/2024)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚM. 283/STF. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUBSTITUTIVA. TIPO PENAL QUE CUMULA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COM PECUNIÁRIA. SÚM. 171/STJ.

1. O recorrente no recurso especial limitou-se a afirmar a questão da retroatividade do art. 28-A do CPP, não se manifestando acerca do fundamento que tal ponto só fora levantado na apelação, atraindo a incidência da Súmula 283/STF: 'E inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles'.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias.

3. In casu, recebida a denúncia antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, em 23/1/2020, tendo o Juízo de primeiro grau já proferido sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal, não há que se falar na aplicação do art. 28-A do CPP.

4. Não existe direito subjetivo do réu em optar, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se prefere a duas penas restritivas de direito ou uma restritiva de direitos e uma multa (AgRg no HC 456.224/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 17/4/2019).

5. O delito de embriaguez ao volante prevê no seu preceito secundário, a pena autônoma e cumulativa de multa. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que, se ao tipo penal é cominada pena de multa autônoma e cumulativa com a privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

aplicação da multa substitutiva, prevista no art. 44, §2º, do Código Penal. Inteligência da Súm. n. 171/STJ.

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ - AgRg no AREsp 1.994.198/SC - **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. 29/3/2022 - DJe de 31/3/2022).

Nada mais.

Em face de tais razões, **afasto a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento ao apelo do réu Júlio César e dou parcial provimento aos apelos Ministerial e da defesa da ré Jennifer da Silva**, para recrudescer a pena e o regime prisional do réu Júlio César, que passa a ser de 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, regime fechado, além de 18 (dezoito) dias-multa, diária mínima, bem como reconhecer em favor da ré Jennifer da Silva a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante genérica do etarismo, redimensionando a sua pena para 03 (três) anos de reclusão, regime aberto e 15 (quinze) dias-multa, no piso, mantida, quanto ao mais, a sentença condenatória.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator