



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

Registro: 2025.0000320582

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500782-57.2024.8.26.0594, da Comarca de Bauru, em que são apelantes ELIANE ALVES DE SOUZA e STEFANO RAFAEL RAMOS, é apelado 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: **Negaram provimento ao recurso defensivo, mantida, sem alteração, 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. 1500782-57.2024.8.26.0594

Apelantes: Stefano Rafael Ramos

Eliane Alves de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 4ª Vara Criminal da Comarca de Bauru

MMª. Juíza de Direito: Marina Freire

Voto n. 12.740

APELAÇÃO DEFENSIVA. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO, PELA ESCALADA E PELO CONCURSO DE AGENTES. (1) MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS. (2) PALAVRAS DA VÍTIMA E DE AGENTES PÚBLICOS VÁLIDAS E COESAS COM AS PROVAS DOS AUTOS. (3) RÉU QUE CONFESSOU A PRÁTICA DO CRIME. VALIDADE. (4) RECORRENTES SURPREENDIDOS NA POSSE DA "RES", O QUE EXIGE EXPLICAÇÃO SOBRE A POSSE ESPÚRIA DO BEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. (5) QUALIFICADORAS DA ESCALADA 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 MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DE DUAS QUALIFICADORAS, SENDO UMA PARA INAUGURAR AS PENAS-BASE E A OUTRA PARA EXASPERÁ-LAS. (9) REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. (10) MAUS ANTECEDENTES X CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. "BIS IN IDEM". INOCORRÊNCIA. PROCESSOS-CRIME DISTINTOS (11) RÉU REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. (12) REGIME FECHADO É O QUE MELHOR SE AJUSTA AO CASO DOS AUTOS PARA DOIS RÉUS. PORTADORES DE MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS E REINCENTES EM CRIMES PATRIMONIAIS. (13) NÃO É CASO DE CONCESSÃO DE GRATUIDADE NESTA INSTÂNCIA RECURSAL. (14) IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Materialidade e autorias comprovadas com relação ao crime de furto duplamente qualificado e consumado, sobretudo pela palavra da vítima e das testemunhas arroladas pela acusação, todas em Juízo, bem como pela confissão de um dos réus e do encontro da "res furtiva" na posse deles.

2. A palavra da vítima assume fundamental importância, eis

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

que, em sede de crimes patrimoniais, normalmente tocados de clandestinidade, é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STF (ARE 1.347.944/DF – Rel. Min. LUIZ FUX – Presidente – j. em 06/10/2021 – DJe 07/10/2021 e ARE 873.944/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – j. 08/06/2015 – DJe de 03/08/2015) e do STJ (EDcl no AgRg no HC 697.873/SC – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 08/02/2022 – DJe de 15/02/2022 e AgRg no AREsp 420.467/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 02/10/2018 – DJe de 10/10/2018).

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 a confissão não tenha sido firme e sincera.

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

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

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. Crime de furto. Encontro da "res furtiva" em poder do agente, a lhe impor o ônus, do qual não se desincumbiu, de explicar tal posse, de início muito comprometedor. Precedentes do STJ (AgRg no HC 396.385/SC – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 08/06/2021 – DJe de 16/06/2021 e HC 390.920/SC – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 01/06/2017 – DJe de 09/06/2017) e do TJSP (Ap. 1526055-06.2023.8.26.0228 – Rel. Des. Nelson Fonseca Junior - 10ª Câmara de Direito Criminal – j. 16/12/2024 – DJe 16/12/2024; Ap. 1510719-11.2019.8.26.0451 - Rel. Des. Marcia Monassi - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. 16/12/2024 - DJe 16/12/2024; Ap. 1500212-63.2020.8.26.0642 - Rel. Des. Camilo Lélis - 4ª Câmara de Direito Criminal - j. 05/12/2024 - DJe 05/12/2024; Ap. 1517287-28.2022.8.26.0228 - Rel. Des. Airton Vieira - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. 11/09/2024 - DJe 11/09/2024; Ap. 1502962-60.2023.8.26.0536 - Rel. Des. Toloza Neto - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. 10/04/2024 - DJe 10/04/2024; Ap. 1502609-07.2022.8.26.0196 - Rel. Des. André Carvalho e Silva de Almeida - 2ª Câmara de Direito Criminal - j. 15/09/2022 – DJe 15/09/2022 e Ap. 1500587-42.2018.8.26.0575 - Rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto - 13ª Câmara de Direito Criminal - j. 02/03/2021 - DJe 02/03/2021).

6. Escalada. A qualificadora prevista no art. 155, §4º, II, do Código Penal, está satisfatoriamente demonstrada pelo laudo pericial e pelas provas orais, afastando qualquer dúvida.

7. 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.

8. 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 -

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

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. 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).

9. 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).

10. 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

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

com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico.

11. Dosimetrias. Penas-base fixadas acima do mínimo legal, mercê da existência de circunstâncias judiciais aferidas pelos maus antecedentes criminais e pela maior culpabilidade da ação, valorada pela presença de duas qualificadoras (escalada 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. 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).

12. A condenação, cuja sentença transitou há mais de 05 (cinco) anos, embora não sirva para caracterizar a circunstância agravante da reincidência, por força do art. 64, I, do Código Penal, serve, sim, para caracterizar o conceito de maus antecedentes criminais, nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal, exasperando, de tal arte, a pena-base. Nesse sentido a doutrina de Alberto Silva Franco e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Precedentes do STF (RHC 219.987/SP - Rel. Min. EDSON FACHIN - Segunda Turma - j. em 22/02/2023 - DJe de 03/03/2023; HC 211.324/SP - Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA - Segunda Turma - j. em 13/12/2022 - DJe de 09/01/2023; RHC 214.594/MS - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma - j. em 06/06/2022 - DJe de 27/06/2022 e RE 1.250.439/SP - Rel. Min. NUNES MARQUES - Segunda Turma - j. em 19/10/2021 - DJe de 17/12/2021).

13. 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).

14. 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).

15. Havendo condenações diversas, mediante sentenças transitadas em julgado, inexistente violação ao princípio do "non bis in idem", se uma ou mais delas são tomadas para os fins

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

de reconhecimento de maus antecedentes criminais, na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59, "caput", do Código Penal) e outra ou outras diferentes são tomadas para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I, do Código Penal). Inteligência, ademais, da Súmula n. 241, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a Doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Guilherme de Souza Nucci, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Precedentes do STF (HC 215.998-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023; HC 202.516-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021; RHC 92.611/RJ – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013; RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013; RHC 110.727/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012 e HC 94.846/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

16. 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. CÁRMEN 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.

17. Regime prisional estabelecido no fechado pelo Juízo "a quo", para os dois réus, mercê das circunstâncias judiciais desabonadoras e da reincidência. 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).

18. Justiça gratuita. O pedido defensivo, no sentido da concessão de gratuidade da justiça, deverá ser feito junto ao

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

Juízo das Execuções Criminais. Entendimento do STJ (AgRg no AREsp 2.183.380/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 06/12/2022 – DJe de 13/12/2022).
19. Improvimento do recurso defensivo.

VOTO

Stefano Rafael Ramos e Eliane Alves de Souza foram denunciados como incurso nas penas do art. 155, §4º, II e IV, do Código Penal e, ao final, julgada procedente a ação penal, viram-se condenados nos termos da denúncia, o **réu Stefano Rafael**, à pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, regime fechado e 18 (dezoito) dias-multa, diária mínima, a **ré Eliane Alves**, à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, regime fechado, além de 16 (dezesesseis) dias-multa, no piso (fls. 296/308).

Inconformada com a sentença condenatória, recorreu a defesa dos **réus**, pugnando, em apertada síntese, pelas suas absolvições por insuficiência probatória, com fundamento no art. 386, IV, V e VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente, requereu **(a)** a mitigação das suas penas; **(b)** a fixação de regime prisional mais brando para o início do cumprimento das suas penas e **(c)** os benefícios da justiça gratuita (fls. 342/350).

O **Ministério Público do Estado de São Paulo** ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 359/364).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 378/382).

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

É o relatório.

Nego provimento ao apelo defensivo.

Os réus **Stefano Rafael Ramos** e **Eliane Alves de Souza** foram denunciados como incurso nas penas do art. 155, §4º, II e IV, do Código Penal, nos seguintes termos:

"[...]"

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 14 de julho de 2024, por volta das 05h31, na Rua Aviador Gomes Ribeiro, nº. 16-12, centro, nesta cidade e Comarca, **STEFANO RAFAEL RAMOS**, qualificado a fls. 22/25 e **ELIANE ALVES DE SOUZA**, qualificada a fls. 15/20, agindo com unidade de propósitos e desígnios entre si, mediante escalada, subtraíram para eles, 02 alicates, 01 par de tênis, 07 peças de roupa, 01 aparelho de som portátil, 01 aparelho de vídeo game, da marca Soni, modelo PS3, 01 furadeira elétrica da marca Mondial e 01 parafusadeira da marca Black & Decker, bens avaliados no total em R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), além do valor de R\$ 180,00 em dinheiro, pertencentes à vítima *João Vinicius Alves dos Santos*.

Ao que se apurou, na data dos fatos, com unidade de propósitos e desígnios entre si de praticarem o furto, os denunciados se dirigiram à casa da vítima e, após pularem o muro e com a ajuda de uma escada, conseguiram ingressar no imóvel.

No local, além de subtrair os objetos acima descritos, os denunciados trocaram suas roupas, colocando roupas das vítimas. Em seguida, empreenderam, logrando levar os bens, contudo abandonaram suas roupas e outros objetos menores.

Ocorreu que, ao chegar em casa, a vítima percebeu a subtração e viu que as roupas dos furtadores haviam sido abandonadas, indicando que haviam saído às pressas. Diante disso, a vítima comunicou a polícia militar e, como era domingo, decidiu descer à feira central, conhecida como 'feira do rolo' e também por se tratar de local onde ocorre compra e venda de objetos de origem ilícita, para ver se localizava seus bens.

Quando andava pela feira do rolo, a vítima encontrou os denunciados, os quais ainda carregavam sua parafusadeira e vestiam suas roupas. A vítima, então, foi até a base da polícia militar e indicou o casal denunciado, o qual, ao ver a vítima conversando com os policiais, empreendeu fuga na direção da linha férrea.

Em razão das informações da vítima, os policiais efetuaram o acompanhamento dos denunciados e conseguiram abordá-los. Em entrevista, os denunciados confessaram aos policiais o furto e disseram que o restante da res furtiva estava em um quarto de hotel no centro. Diante disso, os policiais acompanharam os denunciados até o local indicado, onde foram localizados os demais bens da vítima.

Em contato com a vítima, esta reconheceu, sem sombra de

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

dúvida, todos os bens apreendidos com sendo de sua propriedade.

Os bens foram apreendidos, avaliados e devolvidos à vítima, conforme auto de exibição, apreensão, avaliação e entrega de fls. 41/43.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência **STEFANO RAFAEL RAMOS** e **ELIANE ALVES DE SOUZA** como incurso no artigo 155, §4º, incisos II e IV do Código

Penal. [...] (fls. 01/02).

Pois bem.

A materialidade criminosa furtadora está consubstanciada no auto de prisão em flagrante (fls. 05/06), no boletim de ocorrência (fls. 38/42), no auto de exibição e apreensão (fls. 45/47), no auto de avaliação (fls. 31), no relatório final de inquérito policial (fls. 161), no laudo pericial, relativo ao exame pericial realizado no local do crime (fls. 233/239) e nas provas orais existentes nos autos (fls. 274/275 - mídias audiovisuais).

De igual forma, as autorias criminosas furtadoras são certas e devem ser atribuídas aos réus **Stefano Rafael** e **Eliane Alves**, que tiveram as suas participações confirmadas pelas provas orais. O réu **Stefano Rafael**, em Juízo, confessou a prática do furto e confirmou que fez uso de uma escada para acessar o local do crime. Por sua vez, a ré **Eliane Alves**, também em Juízo, negou a participação no furto (fls. 274/275 - mídias audiovisuais). Mas, ver-se-á, a prova oral judicial permite a manutenção da condenação dos réus nos termos proferidos na sentença.

Com efeito, a vítima, **João Vinícius**, quando falou em Juízo, confirmou a subtração dos seus pertences e a participação dos dois réus na prática do furto. Esclareceu ser proprietário de um estabelecimento comercial no térreo do seu imóvel e que reside no piso superior da residência. Na data dos fatos, deixou momentaneamente o bar e subiu para o andar superior, ocasião em que constatou o furto, encontrando o local todo desarrumado. Esclareceu que encontrou a geladeira aberta, com algumas roupas

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

espalhadas pelo chão e alguns objetos separados em sacos. Diante disso, solicitou o auxílio da Polícia Militar e decidiu ir à feira, no centro da cidade, onde suspeitava que os criminosos poderiam estar vendendo os seus bens. No local, surpreendeu os réus usando as suas roupas e calçados, além de estarem tentando vender uma parafusadeira nova, que era de sua propriedade. Posteriormente, os réus foram abordados pelos policiais militares, próximo a uma linha férrea, onde foram encontrados com uma caixa de som e algumas ferramentas. Indagados sobre os fatos, eles informaram que parte dos bens furtados estava em um quarto de hotel, onde foram recuperados um "videogame", algumas roupas e uma certa quantia em espécie. No mais, explicou que nos fundos do seu imóvel havia um terreno em obras e uma escada foi usada para acessar o quarto, no segundo andar da residência. Imagens de câmera de monitoramento mostraram que ambos os réus estavam no local e aguardaram a sua saída, para entrarem no imóvel por volta das 19h30. Por derradeiro, confirmou que suportou um prejuízo aproximado de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com toda a ação praticada pelos réus (fls. 274/275 - mídias audiovisuais).

Cumprе ressaltar que, em não raras vezes, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Por sinal, em confronto com as palavras dos réus, sobressai a palavra da vítima, aqui a do proprietário do imóvel furtado, porquanto busca a elucidação dos fatos e não imputar a autoria criminosa contra quem sabe ser inocente, daí o correto entendimento jurisprudencial:

"Decisão. extraordinário. O apelo extremo foi interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional. O acórdão recorrido ficou assim ementado: "PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO QUALIFICADO.** CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. **PALAVRA DA VÍTIMA.** RELEVÂNCIA.

1. Deve-se conferir especial credibilidade à palavra da vítima nos crimes contra o patrimônio, sobretudo quando carreados aos

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

autos outros elementos de prova.

2. Incabível o pedido de absolvição por insuficiência de provas, se a materialidade e a autoria dos crimes de **furto** qualificado e corrupção de menores encontram-se suficientemente comprovados pelo farto conjunto probatório juntado aos autos.

3. Para a configuração do crime de corrupção de menores, basta que o delito tenha sido praticado pelos acusados imputáveis com menor de 18 anos. No caso, os réus praticaram o crime de **furto** qualificado juntamente com uma menor de 14 anos à época dos fatos.

4. Justifica-se a alteração do regime fechado para o semiaberto, se, apesar de reincidente, a pena fixada é inferior a 4 (anos) anos e as circunstâncias."

(STF - ARE 1.347.944/DF - **Rel. Min. LUIZ FUX** - Presidente - j. 06/10/2021 - DJe 07/10/2021);

"Decisão. recurso extraordinário, assentado em contrariedade ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado: 'APELAÇÃO – FURTO E ESTELIONATO – NEGATIVA DE AUTORIA – DELITO COMPROVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO PARA QUE O DELITO DE FURTO SEJA ABSORVIDO PELO CRIME DE ESTELIONATO. TRATANDO-SE DE DELITO PRATICADO NA CLANDESTINIDADE É DE DAR-SE ESPECIAL RELEVÂNCIA ÀS PALAVRAS DA VÍTIMA, COMO ELEMENTO DE PROVA, DESDE QUE NÃO DESTOEM DO CONJUNTO PROBATÓRIO E QUE NÃO SE ENCONTREM, NOS AUTOS, INDÍCIOS OU PROVAS DE QUE ELA PRETENDA INCRIMINAR PESSOAS INOCENTES. PERCEBENDO-SE COM CLAREZA QUE O ACUSADO NÃO DETINHA UM PROPÓSITO AUTÔNOMO NO FURTO DAS FOLHAS DE CHEQUE, OU SEJA, NÃO VISAVA OUTRA FINALIDADE SENÃO OBTER VANTAGEM ILÍCITA, EM PREJUÍZO ALHEIO, DEVE O CRIME FIM DE ESTELIONATO ABSORVER O CRIME MEIO DE FURTO, EM NOME DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, JÁ QUE ESTE ÚLTIMO NÃO PASSOU DE ANTE FACTUM IMPUNÍVEL' (fl. 401). Nas razões do extraordinário, aduz o agravante, em síntese, que o acórdão recorrido teria afrontado o preceito constitucional em questão."

(STF - ARE 873.944/DF - **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** - j. 08/06/2015 - DJe 03/08/2015).

Em igual sentido são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **FURTO QUALIFICADO**. QUALIFICADORA COMPROVADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO

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

EVIDENCIADO. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal, isto é, nos casos de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o rejugamento do caso.

Apenas excepcionalmente, quando constatada a necessidade de mudança no resultado do julgamento em decorrência do próprio reconhecimento da existência de algum desses vícios, é que se descortina a possibilidade de se emprestarem efeitos infringentes aos aclaratórios.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior é assente no sentido de que o exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios, de modo que, somente nos casos de desaparecimento dos elementos probatórios, a perícia poderá ser suprida pela prova testemunhal.

III - In casu, quanto ao fato 3, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado na aplicação da sanção, pois o Juízo de origem bem consignou as "palavras das vítimas, dando conta de que os acusado desparafusaram o vidro do muro da residência e na sequência, destruíram a fechadura da porta de trás da casa para nela adentrar, fato este corroborado com as palavras dos policiais que estiveram no local." Nesse diapasão, insta consignar que não se pode exigir da vítima que conserve sua propriedade desprotegida enquanto se aguarda a realização de exame pericial. No caso em análise, a prova testemunhal, bem como pelo laudo pericial que constatou recente reconstrução da janela arrombada" (AgRg no HC n. 570.476/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 16/12/2021). Embargos rejeitados.".

(STJ - EDcl no AgRg no HC 697.873/SC - Rel. Min. Jesuino Rissato - Desembargador Convocado do TJDF - Quinta Turma - j. 08/02/2022 - DJe 15/02/2022);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **CRIME DE FURTO QUALIFICADO**. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. EXCLUSÃO DO CONCURSO DE AGENTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. REINCIDÊNCIA. REGIME. SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal a quo soberana na análise dos elementos fáticos e probatórios dos autos, concluiu que a autoria e a materialidade do crime consumado ficaram devidamente demonstradas nos autos pelas "palavras da vítima em consonância com os dizeres dos milicianos, e a contradição e inverossimilhança das alegações dos acusados." Ademais, não reconheceu a forma tentada tendo em vista que "os réus somente foram encontrados em virtude de diligências encetadas pelos policiais militares" em cooperação recíproca e carregando o portão furtado. No que toca a questão do concurso o aresto combatido frisou que o "ofendido

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

narrou que foram dois indivíduos que, agindo em conjunto, desprenderam o portão de sua residência e, em seguida, evadiram-se com o bem. Não se esqueça, ademais, que ambos foram encontrados pela polícia enquanto, em cooperação recíproca, carregavam o objeto." Nesse contexto, a alteração do julgado, para o fim de absolver, diminuir a reprimenda pela tentativa ou excluir o concurso de agentes, implicaria necessariamente o reexame do material fático-probatório. Todavia, tal providência é inviável nesta sede recursal, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula 7/STJ.

[...]

5. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no AREsp 420.467/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. 02/10/2018 - DJe 10/10/2018).

De outro canto, os policiais militares **Osmar Celso** e **Ovídio Magri**, testemunhas arroladas pela acusação, em Juízo, corroboraram a versão judicial ofertada pela vítima, indicando a participação de ambos os réus na ação criminosa. Asseveraram que a vítima foi até a base da Polícia Militar para noticiar a ocorrência do furto e informar que os autores do crime estavam próximos a uma linha férrea. Dirigiram-se ao local indicado, azo em que encontraram os réus e na posse deles alguns objetos furtados, certo que ambos confessaram a participação no crime, além de indicarem um quarto de hotel onde teriam deixado parte dos bens subtraídos. Em acréscimo, o policial militar Ovídio Magri detalhou que encontrou os réus com algumas ferramentas, bem como com o valor de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais), obtido com a venda de uma parafusadeira na "Feira do Rolo", além de estarem trajando as roupas da vítima. Por fim, destacou que os réus confirmaram ter invadido o imóvel, utilizando uma escada, com acesso ao terreno vizinho (fls. 274/275 - mídias audiovisuais).

Note-se que o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, mormente porque os depoimentos da vítima, **João Vinícius**, bem como os das testemunhas arroladas pela acusação, os policiais militares **Osmar Celso** e **Ovídio Magri**, todos perante o contraditório, mostraram-se alinhados e coerentes entre si, assim como com as demais provas existentes nos autos, dentre elas a confissão do réu **Stefano Rafael**, colhida em Juízo

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

(fls. 274/275 - mídias audiovisuais).

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

Conveniente ressaltar, por sinal, que não há nos autos qualquer prova que desqualifique a versão das testemunhas arroladas pela acusação ou que torne suspeito os seus depoimentos, mesmo porque não se revelou ter elas qualquer interesse na injusta imputação dos réus ou mesmo 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

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

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 DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAIAS - 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

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

- 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 - 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 - ÓBICE - 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).

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

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. 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);

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

"*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 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);

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

"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.

[...]

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

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

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, atraindo-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.

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

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

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 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.

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

[...]

- 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 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

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

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. Jesuíno 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 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

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

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, os depoimentos judiciais dos policiais militares **Osmar Celso** e **Ovídio Magri** merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação da sentença condenatória, depoimentos estes que, em Juízo, sintonizaram-se com as suas versões colhidas extrajudicialmente (fls. 07/09 e 10/12), tudo a imprimir maior certeza,

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

ainda mais quando entrosados com as demais provas dos autos, "in casu", o encontro da "res furtiva" na posse dos réus.

Deveras, os réus foram flagrados na posse dos objetos furtados, o que lhes impunha o ônus, do qual não se desincumbiram, de explicar esta posse, de início muito comprometedora, tudo corroborado pela versão apresentada pela vítima, **João Vinícius**, e pelas testemunhas arroladas pela acusação, os policiais militares **Osmar Celso** e **Ovídio Magri**, todas em Juízo (fls. 274/275 - mídias audiovisuais).

Registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, amparadas no acervo probatório, demonstraram que a materialidade e a autoria do delito imputado ao agravante estariam evidenciadas em razão da apreensão da res furtiva em seu poder, de maneira que, tendo o agravante alegado que comprara o bem por R\$ 150,00, caberia à própria defesa a comprovação da origem lícita do bem. Precedentes.

2. Nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Nesse sentido, não há que se falar em nulidade por inversão do ônus da prova na espécie, visto que caberia ao agravante no mínimo a declinação de mais detalhes acerca da pessoa que lhe teria feito a venda, o que não ocorreu, tendo o paciente sido encontrado pouco depois do furto em local próximo e na posse do bem subtraído, corroborando o que já havia constado dos relatos da testemunha e termos de apreensão e restituição.

3. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 396.385/SC - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Sexta Turma - j. em 08/06/2021 - DJe de 16/06/2021);

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RÉU SURPREENDIDO NA POSSE DA RES FURTIVAE. DOSIMETRIA.

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

MAUS ANTECEDENTES COMPROVADOS. NULIDADE DA SENTENÇA NÃO EVIDENCIADA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 PELA REINCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedentes. 3. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "não há falar em nulidade absoluta em razão de alegada ofensa ao disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, eis que, diante da apreensão da res furtiva em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem" (HC 348.374/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/3/2016, DJe 16/3/2016).

[...]

10. Writ não conhecido."

(STJ - HC 390.920/SC - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. em 01/06/2017 - DJe de 09/06/2017).

Nessa mesmíssima linha são os julgados deste Tribunal:

"DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO**. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em exame 1. Recurso de apelação interposto da sentença que condenou o réu Alexandre Calixto Rondina por furto, conforme artigo 155, caput, do Código Penal, a 01 ano de reclusão em regime inicial aberto e pagamento de dez dias-multa. O réu foi flagrado subtraindo diversos itens de um supermercado, totalizando R\$ 2.615,89. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em verificar a suficiência das provas para a condenação do réu pelo crime de furto. III. Razões de decidir 3. A prova dos autos demonstrou de forma inequívoca a autoria do crime pelo réu, incluindo confissão na delegacia e testemunhos de policiais e do representante da vítima. 4. A jurisprudência estabelece que a apreensão da *res furtivae* em poder do acusado inverte o ônus da prova, o que não foi refutado pela defesa de forma convincente. IV. Dispositivo e tese 5. Recurso desprovido. **6. Tese de julgamento: '1. A apreensão da coisa furtada em poder do réu gera presunção de responsabilidade. 2. Testemunhos de policiais são válidos quando em harmonia com as demais provas.'** Legislação citada: Código Penal, art. 155, caput; art. 33,

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

§2º, alínea 'c'. Jurisprudência citada: JUTACRIM 92/248; JTACrSP. Lex 66/410."

(TJSP - Ap. 1526055-06.2023.8.26.0228 - **Rel. Des. Nelson Fonseca Junior** - 10ª Câmara de Direito Criminal - j. 16/12/2024 - Dje 16/12/2024);

"APELAÇÃO CRIMINAL. **Furto praticado durante o repouso noturno.** Sentença condenatória. Insurgência da Defesa. Pleitos visando à absolvição, por insuficiência probatória, e ao abrandamento da pena, em caráter subsidiário. Pretensão secundária que comporta acolhimento. Autoria e materialidade delitivas satisfatoriamente comprovadas. Palavra dos policiais referendada por imagens que revelam o acusado conduzindo o veículo furtado, horas após o crime. **Prova de que a res furtiva esteve em posse do acusado, circunstância que gera presunção de autoria, não elidida pela Defesa.** Reprimenda que comporta estreito reparo. Pena-base fixada no patamar mínimo legal. Majoração da pena, em segunda fase, reduzida à fração de 1/4 (um quarto), considerando a tripla reincidência específica. Ausentes causas de aumento ou diminuição. Manutenção do regime inicial fechado. Inaplicabilidade dos arts. 44 e 77 do CP. Sentença reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."

(TJSP - Ap. 1510719-11.2019.8.26.0451 - **Rel. Des. Marcia Monassi** - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. 16/12/2024 - Dje 16/12/2024);

"APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO SIMPLES.** Pleito de absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos. Depoimento da vítima e de policiais. Validade. **Réu detido em flagrante, na posse da 'res furtiva'. Inversão do ônus da prova.** Revelia decretada. Justificativa apresentada em solo policial que não se coaduna com o acervo probatório produzido. Aplicação do princípio da insignificância. Inviabilidade. Conduta do agente não minimamente ofensiva. Valor dos bens furtados que não pode ser tido como insignificante. Aplicação indiscriminada desse instituto (o qual, aliás, carece de previsão legal) que estimularia a prática de pequenos delitos. Condenação mantida. Redução da pena. Desacolhimento. Sanção fixada no mínimo legal, não cedendo margem para mitigação. Regime aberto e substituição da sanção corporal por uma restritiva de direitos mantidos. Diminuição da pena substitutiva. Inadmissibilidade. Sanção fixada nos termos dos arts. 44 e 55, CP. Sentença mantida. Recurso desprovido."

(TJSP - Ap. 1500212-63.2020.8.26.0642 - **Rel. Des. Camilo Léllis** - 4ª Câmara de Direito Criminal - j. 05/12/2024 - Dje 05/12/2024);

"APELAÇÃO DEFENSIVA. (1) **FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO, PELO USO DE CHAVE FALSA E PELO CONCURSO DE AGENTES.** CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. (2) **AUTORIAS E MATERIALIDADES COMPROVADAS.**

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

(3) RECORRENTE SURPREENDIDO NA POSSE DA "RES", O QUE EXIGE EXPLICAÇÃO SOBRE A POSSE ESPÚRIA DO BEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. (4) PALAVRAS DA VÍTIMA E DE AGENTE PÚBLICO VÁLIDAS E COESAS COM AS PROVAS DOS AUTOS. (5) QUALIFICADORAS ATINENTES AO USO DE CHAVE FALSA E AO CONCURSO DE AGENTES SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. (6) RECONHECIDO O CONCURSO FORMAL DE CRIMES. (7) DOSIMETRIAS. PENA-BASE DO CRIME DE FURTO EXASPERADA EM RAZÃO DE DUAS QUALIFICADORAS, SENDO UMA PARA INAUGURAR A PENA-BASE E A OUTRA PARA EXASPERÁ-LA. BASILAR DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. (8) RECONHECIDO O CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE FURTO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES, A PENA MAIOR (FURTO) SOFREU UM AUMENTO DE 1/6 (UM SEXTO), NO MÍNIMO LEGAL. (9) REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA. (10) IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Autorias e materialidades comprovadas com relação aos crimes de furto duplamente qualificado e corrupção de menores, sobretudo pelas palavras da vítima, da testemunha arrolada pela acusação e pelas demais provas existentes nos autos.

2. Encontro da "res furtiva" em poder do agente, a lhe impor o ônus, do qual não se desincumbiu, de explicar tal posse, de início muito comprometedor. Precedentes do STJ (AgRg no HC 396.385/SC - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Sexta Turma - j. em 08/06/2021 - DJe de 16/06/2021 e HC 390.920/SC - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. em 01/06/2017 - DJe de 09/06/2017) e do TJSP (Ap. 0002424-95.2015.8.26.0161 - Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalcheiro - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. em 02/03/2023 - DJe de 02/03/2023; Ap. 1503506-84.2021.8.26.0482 - Rel. Des. Farto Salles - 6ª Câmara de Direito Criminal - j. em 01/02/2023 - DJe de 01/02/2023 e Ap. 1508434-64.2021.8.26.0228 - Rel. Des. Camilo Léllis - 4ª Câmara de Direito Criminal - j. em 08/11/2021 - DJe de 08/11/2021).

3. 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 (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

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

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 16/02/2007; HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. 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 (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 776.703/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 14/03/2023; 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. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/08/2022; AgRg no AREsp 1.858.776/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 26/04/2022 – DJe de 03/05/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1.970.832/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 29/03/2022 – DJe de 04/04/2022 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).

4. Emprego de chave falsa. A qualificadora prevista no art. 155, §4º, III, do Código Penal, restou incontroversa, haja vista o encontro de uma chave 'mixa' no bolso de um dos furtadores, como deixou claro a testemunha policial, ouvida em Juízo. Instrumento apto à ignição de veículo. O conceito de chave 'mixa' é suficiente para o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, §4º, II, do Código Penal. Precedentes do STF e do STJ (HC 106.095 - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - Primeira Turma – j. 03/05/2011 – DJe 19/05/2011; HC 200.126/SP - Rel. Min. Gurgel de Faria - Quinta Turma - j. 28/04/2015 - DJe 18/5/2015 e HC 119.524/MG - Rel. Min. Og Fernandes - Sexta Turma - 26/10/2010 - DJe 22/11/2010).

5. 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.

6. 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

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

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. 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 '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 - Rel. Min. Nefi Cordeiro - j. 14.10.2015).

7. O crime de corrupção de menores tem natureza formal, sendo prescindível a prova da efetiva corrupção do adolescente, uma vez que o objeto jurídico tutelado é a própria moralidade do adolescente, objetivando coibir a prática de crimes na qual ele se veja explorado. Súmula n. 500 do STJ. Precedentes do STF (RHC 111.434/DF - 1ª T. - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - j. 03.04.2012 - DJU 17.04.2012; RHC 111.137/DF - 1ª T. - Rel. Min. LUIZ FUX - j. 14.02.2012 - DJU 15.03.2012; RHC 107.623/DF - 2ª T. - Rel. Min. GILMAR MENDES - j. 26.04.2011 - DJU 25.05.2011; RHC 106.364/DF - 1ª T. - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - j. 14.12.2010 - DJU 11.02.2011) e do STJ (AgRg no AREsp 1.923.339/GO - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma - j. 16/11/2021 - DJe de 22/11/2021; AgRg no HC 614.106/PR - Rel. Min. João Otávio de Noronha - Quinta Turma - j. 26/10/2021 - DJe de 3/11/2021; HC 613.196/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. 14/9/2021 - DJe de 20/9/2021).

8. Qualificadora do concurso de agentes x crime de corrupção de menores. Proteção a bens jurídicos distintos. Inexiste 'bis in idem' no caso de aplicação da qualificadora do concurso de agentes para o furto e a condenação pelo delito de corrupção de menores. A qualificadora do inciso IV, do §4º, do art. 155, do Código Penal, decorre do concurso de agentes, sem levar em conta a idade do participante, enquanto o crime de corrupção de menores tutela a integridade moral do menor de 18 (dezoito) anos, justamente em razão da sua pouca idade. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.646.346/SP - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - j. 07/03/2017 - DJe 17/03/2017).

9. Dosimetrias. Crime de furto. Pena-base exasperada por conta da maior culpabilidade da ação, aferida pela presença de duas qualificadoras (uso de chave falsa e concurso de agentes), sendo aplicável apenas uma para fins de exasperação da pena e a outra para inaugurar a qualificadora. Doutrina de Guilherme de Souza Nucci e Victor Eduardo Rios Gonçalves, bem como 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. 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).

10. Pena do crime de corrupção de menores estabelecida no mínimo legal, mercê da ausência de circunstâncias judiciais modificadoras.

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

11. Reconhecido o concurso formal entre os crimes de furto duplamente qualificado e de corrupção de menores, a pena maior (furto duplamente qualificado) sofreu um aumento de 1/6 (um sexto), no mínimo legal.

12. Regime aberto é o que melhor se ajusta ao caso, nos termos do art. 33, §2º, 'c', do Código Penal.

13. O réu faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito e multa, requisitos alcançados e previstos no art. 44 e 49, ambos do Código Penal.

14. Recurso defensivo que não comporta provimento."

(TJSP - Ap. 1517287-28.2022.8.26.0228 - **Rel. Des. Airton Vieira** - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. 11/09/2024 - DJe 11/09/2024);

"APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CONCURSO DE PESSOAS. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DOS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS. PALAVRA DA VÍTIMA. LAUDO PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA-BASE FIXADA COM EXCESSIVO RIGOR. READEQUAÇÃO. DUPLA REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. A materialidade e a autoria foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório.

2. A palavra dos guardas civis municipais é dotada de fé pública, possuindo grande credibilidade e presunção de veracidade, mormente se prestado em Juízo, sob o crivo do contraditório (TJPR. Apl. 16793245 PR 1679324-5)

3. Nos crimes patrimoniais, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos (STJ. AgRg no AREsp n. 1.250.627/SC).

4. Prova oral colhida que demonstra ter o apelante estado em companhia de outro indivíduo, não identificado.

5. Laudo pericial do local dos fatos que constatou o rompimento de obstáculo para que os agentes acessassem o interior da residência.

6. Apreensão da res furtiva em poder do réu representa elemento probatório de autoria, invertendo-se o ônus da prova, do qual não se desincumbiu o apelante (TJ-SP - APL: 990081845555 SP).

7. Pena-base exasperada com excessivo rigor, em 1/2 (metade), e por isso, readequada para 1/3 (um terço), diante do reconhecimento de maus antecedentes e da valoração da qualificadora sobressalente como circunstância judicial negativa.

8. Dupla reincidência do apelante que justifica a elevação da reprimenda em mais 1/3 (um terço) (STJ. AgRg no HC 629.642/PR).

9. O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao apelante, diante de sua reincidência e da valoração negativa das circunstâncias judiciais (STJ. AgRg no HC n. 748.253/SC).

10. Recurso parcialmente provido."

(TJSP - Ap. 1502962-60.2023.8.26.0536 - **Rel. Des. Toloza Neto** - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. 10/04/2024 - DJe 10/04/2024);

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

"Furto Qualificado Tentado - Condenação decretada - Recurso defensivo buscando a absolvição por falta de provas - Descabimento - Prova segura - Confissão e depoimentos das testemunhas - Réu detido de posse dos objetos no interior de uma mochila - Inversão do ônus da prova não desincumbido - Qualificadora bem demonstrada pelos depoimentos dos policiais e pelo laudo pericial - Condenação mantida - Dosimetria - Quantum de diminuição mantido - Iter criminis significativamente percorrido - Regime semiaberto suficiente diante dos maus antecedentes e da reincidência múltipla do apelante - Recurso improcedente."

(TJSP - Ap. 1502609-07.2022.8.26.0196 - **Rel. Des. André Carvalho e Silva de Almeida** - 2ª Câmara de Direito Criminal - j. 15/09/2022 - Dje 15/09/2022);

"APELAÇÃO CRIMINAL - Furto qualificado pelo concurso de agentes - Sentença condenatória - Pleito absolutório inadmissível - Provas suficientes de materialidade e autoria delitiva - Réu que foi surpreendido na posse do produto furtado, sem explicação plausível - Prova oral suficiente para a condenação - Eventual nulidade ocorrida na fase de inquérito que não macula o processo penal, até porque não houve qualquer prejuízo - Corréu que foi condenado pelo mesmo crime, nas mesmas circunstâncias fáticas, por esta c. Câmara Criminal - Princípio da insignificância e crime impossível inócuentes - Concurso de agentes caracterizado, tanto é que o comparsa já foi condenado definitivamente pelo mesmo crime - Dosimetria penal inalterada - Aumentos proporcionais e devidos - Inocorrência bis in idem, uma vez que foram enumeradas condenações distintas para caracterizar maus antecedentes e reincidência - Regime fechado como único adequado em virtude da biografia criminal do réu - Apelação não provida. Sentença mantida."
(TJSP - Ap. 1500587-42.2018.8.26.0575 - **Rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto** - 13ª Câmara de Direito Criminal - j. 02/03/2021 - Dje 02/03/2021).

Sendo assim, a condenação foi bem decretada, tendo em vista que se comprovou que os réus subtraíram para si, mediante escalada e em concurso de agentes, 02 (dois) alicates, 01 (um) par de tênis, 07 (sete) peças de roupas, 01 (um) aparelho de som portátil, 01 (um) aparelho de "videogame", da marca "Sony", modelo "Playstation 3", 01 (uma) furadeira elétrica, da marca "Mondial" e 01 (uma) parafusadeira, da marca "Black & Decker", bens avaliados no total em R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), além do valor de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) em espécie, pertencentes à vítima João Vinicius Alves dos Santos.

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

De outro turno, correto o reconhecimento da qualificadora da escalada (art. 155, §4º, II, do Código Penal), porquanto o laudo técnico pericial, relativo ao exame pericial realizado no local do crime, examinou o *"muro dos fundos do imóvel, o qual possui altura na região interna de 2,60m"* (fls. 233/239), conclusão que encontrou respaldo também nos depoimentos da vítima e das testemunhas arroladas pela acusação, respectivamente, **João Vinícius** e o policial militar **Ovídio Magri**, que confirmaram, ambos em Juízo, que o acesso ao local se deu mediante o uso de uma escada pelo terreno vizinho (fls. 274/275 - mídias audiovisuais).

Outrossim, correta a qualificadora do concurso de agentes (art. 155, §4º, IV, do Código Penal), pois evidenciada a associação dos réus **Stefano Rafael** e **Eliane Alves**, comprovada pelas provas dos autos, bem como pelos depoimentos judiciais e extrajudiciais da vítima e das testemunhas oculares. Os dois agiram vinculados quanto ao ideal criminoso, mediante prévia divisão de tarefas, mas voltadas para o mesmo fim, inclusive foram presos em flagrante ainda juntos.

Por fim, crime de furto duplamente qualificado e consumado, pouco importando tivessem sido recuperados os bens furtados (o que, no caso, ocorreu em parte), 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, 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.

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

IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA. REDISSCUSSÃO 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.

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 MANSA E PACÍFICA DA COISA. DECISÃO IMPUGNADA EM PERFEITA CONSONÂNCIA

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

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 desviada 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 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**

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

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".

Confira-se, a principiar pelo Recurso Especial repetitivo:

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

"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).

Requer, assim, o provimento do recurso, para que seja reconhecida a consumação do delito tipificado no art. 155, caput, do Código Penal,

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

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 apprehensio 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 pacífica, ou a mera inversão da posse para que se considere

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

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 turbação (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, pags. 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

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

ainda que não induzem posse os atos violentos ou 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 in continenti, 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 turbacão (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

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

demonstrar que, em nosso direito, há um conceito especial de posse no direito penal (e não há), criou um sistema 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 ?posse exclusiva 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 ?enquanto dura 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 ?...não é 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

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

STJ. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO 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 ?esferade 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

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

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.

(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

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

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, 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,

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

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 mansa e pacífica ou desvigiada'.

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

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

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 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 AQUÉM 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

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

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);

"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

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

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. 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);

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

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

De rigor, portanto, a manutenção da sentença penal condenatória, que bem fundamentou a existência de provas aptas para a condenação dos réus pela prática do crime de furto duplamente qualificado, pela escalada e pelo concurso de agentes. Nesse sentido, ademais, a referida sentença:

"[...]"

É o relatório.

DECIDO.

Trata-se de ação penal instaurada para a apuração da prática do crime de furto qualificado.

O conjunto probatório é contundente e apto a dar arrimo à procedência da denúncia.

A materialidade delitiva está sobejamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 5/6, boletim de ocorrência de fls. 38/42, auto de exibição e apreensão de fl. 45, auto de exibição, apreensão e

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

entrega de fls. 46/47, laudo pericial do local dos fatos de fls. 233/239, bem como pela prova oral amealhada nos autos.

A imputação da autoria do crime aos réus é igualmente inarredável, pois foi fruto da prova colhida em Juízo, sob a égide do princípio do devido processo legal, assegurando, de forma imperiosa, o contraditório e a ampla defesa.

Em seu interrogatório, a ré ELIANE negou o delito. Disse que estava no quarto do hotel quando o corréu STEFANO chegou ao cômodo, noticiou que havia praticado o furto e lhe entregou uma blusa de frio. Acrescentou que, ao amanhecer, foi à feira com o corréu STEFANO a fim de vender os produtos subtraídos. Negou que esteve no local dos fatos e que se trocou no interior do imóvel (fls. 274/275-mídia).

Já o réu STEFANO confessou a prática criminoso. Falou que consumiu porção de crack em um terreno em obras, momento em que usou uma escada para acessar o imóvel do ofendido e furtar os bens, tendo trocado de roupa no local (fls. 274/275- mídia).

A vítima João Vinícius Alves dos Santos contou que mantém um estabelecimento comercial na parte térrea do imóvel e reside no andar superior. Mencionou que, na data dos fatos, não abriu o bar no horário tradicional, pois foi a alguns eventos, tendo deixado o imóvel por volta de 19h30. Narrou que retornou às 22h, acompanhado de clientes e amigos, e iniciou as atividades do estabelecimento; por volta das 2h, precisou ir ao andar superior, quando então constatou a prática do furto, uma vez que o local estava bagunçado, a geladeira estava aberta e roupas estavam jogadas ao chão, havendo roupas que não eram suas, inclusive, além de encontrar alguns objetos já separados em sacos. Reportou que os clientes deixaram o estabelecimento e acionou a Polícia. Aduziu que resolveu se dirigir à feira do centro da cidade, pois seria um local onde os criminosos poderiam vender os bens. Declarou que viu os réus usando suas roupas e calçados, assim como tentando vender a parafusadeira de sua propriedade, caracterizada por ser nova e na cor laranja, momento em que foi à base da Polícia Militar e noticiou os fatos, sendo que os réus foram abordados nas proximidades da linha férrea, tendo sido encontrados caixa de som e ferramentas em poder deles. Esclareceu que retornou à feira, onde um homem foi identificado como sendo a pessoa que comprou a parafusadeira. Asseverou que os réus informaram que outros bens furtados estavam no quarto de um hotel, onde efetivamente foram encontrados videogame, roupas e quantia em dinheiro. Explicou que nos fundos de seu imóvel havia um terreno em obras, tendo sido usada uma escada para acessar o quarto situado no segundo andar. Falou que imagens de câmera de monitoramento revelaram que ambos os réus estavam no local e aguardaram sua saída, sendo que eles ingressaram no imóvel por volta das 19h30. Acrescentou que sofreu prejuízo médio de R\$ 2.000,00 e os réus não eram clientes do bar (fls. 274/275-mídia).

O policial militar Osmar Celso de Oliveira Filho relatou que, no dia dos fatos, o ofendido foi à base e noticiou a ocorrência de furto em sua casa, como também informou que os autores estavam usando roupas de sua propriedade, razão pela qual efetuou patrulhamento e abordou os réus na linha férrea, em poder de parte dos produtos subtraídos. Mencionou que os réus admitiram o crime, bem como indicaram que haviam vendido uma furadeira na 'Feira do Rolo' e

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

armazenado outros objetos em um quarto de hotel (fls. 274/275-mídia).

No mesmo sentido, o policial Ovídio Magri Júnior disse que estava na base da Polícia Militar, situada na Rua Marcondes Salgado, quando foi procurado pela vítima, a qual noticiou a prática de furto em seu imóvel e os autores estariam nas proximidades da linha férrea. Esclareceu que encontrou os réus e eles estavam em poder de ferramentas e da quantia de R\$ 180,00, valor este oriundo da venda de uma parafusadeira na 'Feira do Rolo', além de estarem vestindo roupas do ofendido. Contou que foi à feira e um senhor admitiu ter comprado a ferramenta dos réus. Aduziu que os réus confessaram o delito e noticiaram que outros produtos estavam em um quarto de hotel, onde foram encontradas outras mercadorias furtadas, todas reconhecidas pelo ofendido. Explicou que os réus confirmaram ter ingressado no imóvel por meio do uso de uma escada pelo terreno vizinho (fls. 274/275-mídia).

Ao que se vê, diante de tal panorama probatório, não persistem dúvidas no tocante à responsabilidade dos réus STEFANO e ELIANE pela prática criminosa.

Ora, o ofendido constatou a ocorrência do furto em seu imóvel e observou que os autores do crime teriam trocado suas vestimentas no local, pois sentiu falta de peças de roupas e, por outro lado, encontrou vestes que não eram suas. Ainda, momentos depois, a própria vítima diligenciou na 'Feira do Rolo' e viu os réus trajando roupas de sua propriedade, como também notou que eles estavam em poder de sua ferramenta.

Desse modo, acionou a Polícia e, embora os réus tenham tentado fugir, os agentes públicos conseguiram proceder à abordagem, encontrando parte dos objetos furtados em poder dos réus. Ademais, os réus admitiram a subtração e noticiaram que a res estava escondida em um quarto de hotel, onde efetivamente foram apreendidos bens do ofendido, além de ter sido recuperada outra ferramenta na 'Feira do Rolo', com um senhor que havia adquirido o objeto dos réus (fls. 31/35).

Portanto, sendo encontrados com o produto do delito, o ônus da prova se inverte e recai sobre os réus a incumbência de provar a licitude da posse ou propriedade.

No entanto, nada fizeram e não apresentaram justificativa verossímil. Aliás, a respeito do assunto:

Furto Conjunto probatório desfavorável ao réu lastrado em declarações coerentes e harmônicas da vítima e dos policiais. Validação Nos crimes de furto a palavra dos ofendidos e das testemunhas é crucial à elucidação dos fatos, sendo válida também para a caracterização de eventuais qualificadoras. No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm ainda deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

Furto Apreensão da res em poder do acusado Inversão do ônus probatório Entendimento

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

A apreensão da res em poder do acusado acarreta a inversão do ônus probatório, competindo-lhe a apresentação de justificativa inequívoca para a posse do bem.

(TJSP. 9ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 1500237-04.2024.8.26.0556. Relator: Des. Grassi Neto. Data do julgamento: 10 de dezembro de 2024) (destaquei)

De mais a mais, é necessário ressaltar que, em crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalecendo é o de que a palavra do ofendido prepondera, sendo preciosa e bastante no identificar o autor do delito, pois, incidindo sobre o proceder de desconhecido, seu único interesse é apontar o verdadeiro culpado e não acusar inocente.

Ainda que assim não fosse, a versão apresentada pela vítima foi confirmada pelos depoimentos dos policiais militares, que foram categóricos em afirmar como se deram os fatos.

A propósito, nada há nos autos capaz de retirar o valor probatório dos depoimentos dos policiais, os quais apresentaram a mesma versão em ambas as fases do procedimento, razão pela qual merecedores de credibilidade. A essência dos depoimentos dos militares revelou-se, em sua substância, uniforme e factível em Juízo.

Com efeito, não podem ser desconsiderados os depoimentos dos agentes, servidores públicos cumpridores de seus deveres, já que foram compromissados como qualquer outra testemunha e não possuem interesse em incriminar os réus. Necessário ressaltar que a função da Polícia é prevenir e reprimir o crime e não perseguir inocentes, mormente quando não há qualquer relação anterior entre eles. Não houve demonstração de animosidade precedente ou motivo para leviana incriminação por parte dos militares, razão pela qual não merecem ver desprestigiadas suas palavras somente pelo fato de pertencerem ao quadro da Polícia. Nesse

sentido:

'Note-se que os agentes ouvidos prestaram depoimentos extremamente coerentes, claros e concisos em ambas as sedes e narraram os fatos com precisão e riqueza de detalhes. Dessa forma, seus testemunhos devem, sim, possuir maior valoração, pois, além de não terem intenção de prejudicar o apelado, imputando-lhe crime tão sério, não há nos autos quaisquer conjecturas a respeito (ônus da defesa). É que o estado tem seus agentes concursados legalmente aptos a reprimir o crime e seus depoimentos somente podem ser afastados se demonstrada eventual irregularidade ou interesse particular na condenação do acusado, o que não se deu no caso em tela. Demais disso, as falas destes profissionais, que, escolhidos pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, possuem fé-pública, sendo seus depoimentos dignos de crédito e plena validade, mesmo porque, como dito alhures, não restou provada qualquer intenção dos agentes em, de alguma forma, prejudicar o réu. Não se pode desmerecer tais depoimentos apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido: [...]

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.'

(TJSP. 4ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº

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

1501440-18.2023.8.26.0594. Relator: Des. Edison Brandão. Data do julgamento: 8 de novembro de 2024)

Igualmente, o réu STEFANO confessou o crime e a prática veio corroborada por todo o restante do conjunto probatório. Aliás, deve-se destacar que a confissão ostenta elevada carga probante a tranquilizar o espírito do julgador na formação do seu convencimento, ainda mais se confirmada pelas demais provas constantes nos autos, como no caso.

De outra banda, inverossímil a versão da ré ELIANE no sentido de que teria permanecido no hotel e apenas o corréu STEFANO teria praticado a subtração, uma vez que a prova coligida ao caderno processual demonstrou que ambos cometeram o furto.

Logo, não há se falar em fragilidade probatória a ponto de propiciar a absolvição dos réus.

Ademais, o concurso de pessoas é incontestado, pois a prova dos autos revelou que os réus agiam em conjunto, sendo necessário ressaltar que, no que toca ao concurso de agentes, este fica caracterizado apenas com a convergência de vontades para um fim comum, prescindindo-se de ajuste anterior entre os colaboradores.

Outrossim, restou suficientemente comprovada a qualificadora de escalada, haja vista que o laudo pericial de fls. 233/239 detalhou, de forma específica, as condições do imóvel, em especial que o muro dos fundos possuía altura de 2,60 m (dois metros e sessenta centímetros), confirmando que os réus escalaram o muro do prédio.

Enfim, as provas produzidas em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, são suficientes a comprovar que a conduta dos réus se amolda à norma prevista no artigo 155, § 4º, II e IV, do Código Penal.

[...]" (fls. 297/302).

Digo eu.

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente à sentença, visando dar escopo à fundamentação deste Acórdão, 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.

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

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL 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.

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

[...]

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);

"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);

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

"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. 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.

Portanto, a condenação é medida de rigor, tendo em vista que se comprovou que os réus subtraíram para si, mediante escalada e em concurso de agentes, 02 (dois) alicates, 01 (um) par de tênis, 07 (sete) peças de roupas, 01 (um) aparelho de som portátil, 01 (um) aparelho de "videogame", da marca "Sony", modelo "Playstation 3", 01 (uma) furadeira elétrica, da marca "Mondial" e 01 (uma) parafusadeira, da marca "Black & Decker", bens avaliados no total em R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), além do valor de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) em espécie, pertencentes à vítima João Vinicius Alves dos Santos, curial tendo eles agido com o dolo

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

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.

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

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

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 valoroso 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**:

"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

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

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 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).

Convergingo 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

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

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 (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

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

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 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

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

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 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.

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

A pena-base do réu **Stefano Rafael** foi exasperada na Origem com o seguinte fundamento:

"[...]

A culpabilidade do réu não merece maior reprovação, pois ficou estrita à prática do delito. O réu ostenta antecedentes criminais (fl. 204 c.c. fl. 211: Execução da Pena nº 7001235-15.2010.8.26.0071, referente ao processo nº 0004341-75.2008.8.26.0071; fls. 204/205 c.c. fl. 210: Execução da Pena nº 7000562-32.2017.8.26.0344, referente ao processo nº 0005251-81.2012.8.26.0453; fls. 206/207 c.c. fl. 212: Execução da Pena nº 7002291-59.2018.8.26.0344, referente ao processo nº 0019021-21.2015.8.26.0071; fl. 207 c.c. fl. 212: Execução da Pena nº 7002470-51.2009.8.26.0071, referente ao processo nº 0025028-73.2008.8.26.0071; fl. 209 c.c. fls. 211/212: Execução da Pena nº 7001879-60.2007.8.26.0071, referente ao processo nº 0035463-48.2004.8.26.0071), além da reincidência a ser considerada em momento oportuno. Nada foi apurado sobre a sua conduta social e sua personalidade, assim reputo-as em seu favor. O motivo do crime é o comum: expectativa de lucro fácil a custo da sorte alheia. As circunstâncias do delito se mostram desfavoráveis, haja vista a presença de duas qualificadoras (escalada e concurso de pessoas). Assim, possível que uma circunstância seja computada para tipificar a conduta como furto qualificado e a outra como circunstância judicial desfavorável. As consequências do crime não levam à exasperação da pena. Por derradeiro, a vítima não apresentou comportamento relevante que influenciasse na dosimetria.

[...]" (fls. 302).

Já no tocante a ré **Eliane Alves**, a basilar foi exasperada com o seguinte fundamento:

"[...]

A culpabilidade da ré não merece maior reprovação, pois ficou estrita à prática do delito. A ré ostenta antecedentes criminais (fls. 199/200 c.c. fls. 200/201: Execução da Pena nº 0031338-46.2018.8.26.0071, referente ao processo nº 0001572-62.2017.8.26.0594), além da reincidência a ser considerada em momento oportuno. Nada foi apurado sobre a sua conduta social e sua personalidade, assim reputo-as em seu favor. O motivo do crime é o comum: expectativa de lucro fácil a custo da sorte alheia. As tipificar a conduta como furto qualificado e a outra como circunstância judicial desfavorável. As consequências do crime não levam à exasperação da pena. Por derradeiro, a vítima não apresentou comportamento relevante que influenciasse na dosimetria.circunstâncias do delito se mostram desfavoráveis, haja

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

vista a presença de duas qualificadoras (escalada e concurso de pessoas). Assim, possível que uma circunstância seja computada para tipificar a conduta como furto qualificado e a outra como circunstância judicial desfavorável. As consequências do crime não levam à exasperação da pena. Por derradeiro, a vítima não apresentou comportamento relevante que influenciasse na dosimetria.

[...]" (305/306).

De fato, o **réu Stefano Rafael** é portador de maus antecedentes criminais, porquanto ostenta cinco condenações com trânsito em julgado (fls. 204/212 - processos-crime nºs. 0004341-75.2008.8.26.0071, 0005251-81.2012.8.26.0453, 0019021-21.2015.8.26.0071, cujos trânsitos ocorreram, respectivamente, em 11/11/2011, 25/04/2016, 09/01/2018, 15/12/2008 e 27/10/2006). Já em relação à **ré Eliane Alves**, ela possui uma condenação com trânsito em julgado (fls. 200/201 - processo-crime n. 0001572-62.2017.8.26.0594, o qual teve o seu trânsito em 17/09/2018).

Destaco que a condenação, cuja extinção da pena ocorreu há mais de 05 (cinco) anos, embora não sirva para caracterizar a circunstância agravante da reincidência, serve, sim, para caracterizar o conceito de "maus antecedentes", consoante tranqüilo entendimento da SUPREMA CORTE.

Ademais, ainda que tenha decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal, a circunstância de o criminoso possuir maus antecedentes é suficiente para justificar a elevação da pena-base, não havendo qualquer ilegalidade para ser sanada quanto ao ponto, devendo ser mantida a decisão impugnada pelos seus próprios fundamentos.

Esse entendimento está em harmonia com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO

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

REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. Conforme a jurisprudência desta Corte, condenações anteriores, cuja pena tenha sido extinta há mais de cinco anos, podem ser valoradas como maus antecedentes.

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(STF – RHC 219.987/SP – Rel. Min. **EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 03/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. **MAUS ANTECEDENTES. TEMA RG Nº 150. PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, INC. I, DO CP): INAPLICABILIDADE.** REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 593.818-RG/SC, Tema RG nº 150 do e mentário da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 211.324/SP – Rel. Min. **ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.818-RG, firmou entendimento no sentido de que "não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal)".

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – RHC 214.594/MS – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 06/06/2022 – DJe de 27/06/2022);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXCEPCIONAIS EFEITOS MODIFICATIVOS. OCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA DECISÃO. TEMA N. 150 DA REPERCUSSÃO GERAL. **UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS PARA**

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

CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

[...]

3. O Supremo, ao julgar o mérito do RE 593.818, ministro Roberto Barroso, Tema n. 150 da repercussão geral, fixou a tese segundo a qual 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal', o que contraria o decidido pelo acórdão embargado.

4. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso extraordinário."

(STF – RE 1.250.439/SP – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 19/10/2021 – DJe de 17/12/2021).

Nesse sentido, **A. SILVA FRANCO** e **J. BELLOQUE** destacam que, mesmo em se admitindo a necessidade de trânsito em julgado como essencial ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal e Súmula n. 444, do Superior Tribunal de Justiça):

"[...] constituíram maus antecedentes as condenações irrecorríveis depois do decurso de mais de cinco anos do cumprimento da pena e as condenações irrecorríveis posteriores à prática do segundo crime, mas referentes à conduta anterior, ambas não geradoras de reincidência."

(**Código Penal e sua interpretação** – Doutrina e Jurisprudência, 8ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 344 – grifou-se).

Trilha o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"Os arts. 63 e 64 do Código Penal especificam o alcance da reincidência em relação a condenações anteriores, exigindo: a) que o crime pelo qual o réu esteja sendo condenado tenha sido praticado após o trânsito em julgado da sentença que o condenou pelo crime anterior; b) que na data do novo crime não se tenham passado 5 anos desde a extinção da pena do delito anterior.

Em suma, em havendo condenação anterior definitiva, mas ausente algum dos requisitos da reincidência, o réu será considerado portador de maus antecedentes. Configuram, portanto, maus antecedentes: a) condenações definitivas cuja pena tenha sido extinta há mais de 5 anos em relação ao cometimento do novo delito; b) condenações definitivas transitadas em julgado após a prática do novo crime, porém, antes da sentença; e c) condenações anteriores por

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

contravenção penal quando o agente vem a cometer posteriormente um crime, na medida em que esta hipótese não é abrangida pelo conceito de reincidência do art. 63 do Código Penal."

Ainda, o Juízo "a quo" considerou como circunstância judicial negativa a maior culpabilidade da ação, aferida pelas duas qualificadoras (escalada e concurso de agentes), sendo aplicável apenas uma para fins de exasperação das penas e a outra para inaugurar a qualificadora. 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.

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

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, 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.

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

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, 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

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

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).

Logo, correta a exasperação das penas-base, 03 (quatro) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, diária mínima, no tocante ao **réu Stefano Rafael** e 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, afora 12 (doze) dias-multa, diária mínima, em relação à **réu Eliane Alves**, haja vista ter o Magistrado fundamentado a sua decisão na maior culpabilidade da ação, amparada nas duas qualificadoras (escalada e concurso de agentes), além da presença de condenações com trânsito em julgado das sentenças, caracterizadoras de maus antecedentes criminais. Assim, não merece ser acolhido o pleito defensivo pela redução do "quantum" de elevação das penas, uma vez que a Juiz de Direito sentenciante possui o livre convencimento para exasperar as penas basilares, 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**

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

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 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

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

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. ÓBICE 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.

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.

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

10. Writ não conhecido."

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

Na fase segunda, o Juízo "a quo" reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea para o **réu Stefano Rafael** (art. 65, III, "d", do Código Penal), bem como reconheceu para ambos os réus a circunstância agravante da reincidência, uma vez ser o **réu Stefano Rafael** possuidor de duas condenações com trânsito em julgado da sentença, uma delas por crime idêntico ao dos autos (fls. 210/213 - processos-crime nºs. 0014071-32.2016.8.26.0071 e 7000891-97.2011.8.26.0071, cujos trânsitos ocorreram, respectivamente, em 08/01/2018 e 21/10/2014, este último em cumprimento). Outrossim, a **ré Eliane Alves** possui também duas condenações por crimes patrimoniais, uma delas por crime de furto, a caracterizar a reincidência específica (198/199 e 201/202 - processos-crime nºs. 0000675-05.2015.8.26.0594 e 1500432-45.2019.8.26.0594, cujos trânsitos ocorreram, respectivamente, em 31/10/2019 e 30/06/2020).

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
RECDO.(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

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

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 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

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

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 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

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

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 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 recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº

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

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*, 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, dismanteland-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).

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

Conveniente, ademais, ressaltar que inexistente "bis in idem" ou violação à Súmula n. 241, do STJ, porque a circunstância agravante se fez reconhecer com base em processos-crime distintos daqueles que serviram para o reconhecimento dos maus antecedentes criminais. Neste sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu a ausência de violação do princípio do "non bis in idem", quanto à fixação da pena, quando para os fins do art. 59, "caput", do Código Penal, usam-se processos-crime distintos daquele ou daqueles que, na segunda fase da dosimetria da pena, são usados para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência. Aqueles forjam o conceito de maus antecedentes criminais, estes, o da reincidência:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. *WRIT* UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DEFICITÁRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. **ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM POR MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS.**

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. A instrução processual deficitária inviabiliza a análise do constrangimento ilegal invocado e a concessão da ordem pleiteada. Precedentes. 4. No caso concreto, o agravante deixou de instruir o feito com a folha de antecedentes criminais mencionada na sentença e no acórdão condenatórios, o que impossibilita o exame da pretensão deduzida no habeas corpus. 5. Não se reveste de verossimilhança a tese de que o recorrente teria sido absolvido da imputação que ensejou a reincidência em sentença, haja vista que, do que se extrai dos documentos constantes dos autos, as instâncias ordinárias o consideraram reincidente em razão de condenação transitada em julgado havida em ação penal diversa. **6. Depreende-se dos documentos que instruem o presente writ que as instâncias ordinárias utilizaram condenações distintas para majorar a pena base em razão dos maus antecedentes, bem**

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

como para agravar a pena pela reincidência, o que afasta a tese de ofensa ao princípio do non bis in idem. 7. Agravo regimental desprovido."

(STF - AgR no HC 215.998 - **Rel. Min. EDSON FACHIN** - Segunda Turma - j. em 22/02/2023 - DJe 03/03/2023);

"Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação transitada em julgado. Supressão de instância. Alegação de cerceamento de defesa. Negativa de autoria. Dosimetria da pena. Regime inicial. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

6. O STF tem orientação no sentido de que é "lícito ao juiz, havendo duas condenações com trânsito em julgado, considerar uma delas como maus antecedentes e a outra como agravante genérica do art. 61, I, do CP (reincidência), sem que isso implique bis in idem" (RHC 126.336, Rel. Min. Teori Zavascki).

Ainda nesse sentido: HC 140.868, Rel. Min. Marco Aurélio. 7. 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 presente hipótese, a imposição do regime fechado encontra respaldo em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, notadamente em razão da reincidência e maus antecedentes. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - AgR no HC 202.516 - **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** - Primeira Turma - j. em 23/08/2021 - DJe 30/08/2021);

"Recurso ordinário em habeas corpus.

2. Exasperação da pena-base. Não ocorrência. Adequação formalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Maus antecedentes. Reincidência. Inexistência de violação ao princípio do non bis in idem. Condenações diversas.

4. Prescrição. Não ocorrência.

5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF - RHC 92.611/RJ - **Rel. Min. GILMAR MENDES** - 2ª T. - DJE 02.05.2013);

"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.

[...]

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

4. Possibilidade de se adotar condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena-base e para a agravante da reincidência em segunda instância. Inexistência de bis in idem. Precedentes.

5. A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não inovou ao apreciar a dosimetria da pena na sentença condenatória; analisou seus fundamentos para mantê-la. Não há reformatio in pejus.

6. Recurso ao qual se nega provimento."

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

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Furto simples. **Reincidência. Bis in idem. Não ocorrência. Diversidade de condenações definitivas.** Majoração justificada e dentro dos limites discricionários do juiz. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação. Inviabilidade. Ordem denegada. Recurso não provido.

1. **Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante levou em conta os maus antecedentes ostentados pelo réu e, na etapa seguinte, majorou a pena em virtude da reincidência, considerando a existência de mais de uma condenação definitiva. Não há falar em dupla valoração do mesmo fato, portanto.**

2. 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 em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.

3. Recurso não provido."

(STF - RHC 110.727/DF - **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** - 1ª T. - DJE 10.05.2012);

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CAUSA AGRAVANTE GENÉRICA OBRIGATÓRIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I - As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual são aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição.

II - **O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui 'bis in idem' quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.**

III - Ordem denegada".

(STF - HC 94.846/RS - **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** - 1ª T. - DJE 24.10.2008).

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

Não bastasse, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a existência de uma única sentença condenatória transitada em julgado não pode ser valorada concomitantemente como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e como reincidência, na etapa seguinte, sob pena de indevido "bis in idem", a teor do disposto na Súmula n. 241:

'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'.

Entretanto, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva anterior, pode o Magistrado utilizar-se de uma ou mais como antecedentes criminais e as demais, diferentes daquelas, como ensejadores do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, por se tratar de valoração de fatos distintos, conforme a orientação do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, "in casu", não há falar em "bis in idem" na fixação da pena ou violação à sobredita Súmula, pois conforme já consignado, tem-se o registro de mais de uma sentença condenatória transitada em julgado. Assim, na hipótese de o agente ostentar mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, insisto, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, o que ocorre na espécie.

A Doutrina não é diferente do entendimento jurisprudencial (nem poderia ser, pois se trata de normal inteligência interpretativa).

LUIZ FLÁVIO GOMES e **ALICE BIANCHINI**, sobre o tema, ensinam que:

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

"Pluralidade de condenações pretéritas: se o agente conta com várias condenações pretéritas, que vão além do lapso de cinco anos, cabe ao juiz levá-las em consideração como fatores de determinação da personalidade do agente. Uma delas vale como antecedentes; as outras devem ser levadas em conta como reveladoras da personalidade do agente. Se o agente conta com várias condenações que não tenham ultrapassado o lapso de cinco anos: uma vale para o efeito da reincidência; a outra (ou outras) vale (m) para o efeito dos antecedentes criminais.

Ne bis in idem: havendo uma só condenação pretérita, que ainda se encontra dentro do lapso de cinco anos contados da extinção da pena, cabe ao juiz levá-la em consideração exclusivamente para o efeito da reincidência. Nesse caso, não pode jamais a mesma condenação também servir de base para o reconhecimento de antecedentes criminais. Um mesmo fato (uma mesma condenação) não pode ser valorado duas vezes (contra o réu). Está proibido o *bis in idem* (veja Súmula 241 do STJ)."

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

Pela mesma senda é o escólio de **GUILHERME DE SOUZA**

NUCCI:

"Inexiste, ainda, dupla punição pelo mesmo fato, quando o magistrado considera em diferentes etapas, sustentado por diversos delitos, os antecedentes e a reincidência. Há possibilidade de o agente ser somente reincidente – cometer novo delito, após condenação anterior, com trânsito em julgado, por crime – ou ser reincidente e possuir maus antecedentes – cometer novo crime, depois de ter sido condenado por delito anterior -, além de ostentar outras condenações com trânsito em julgado."

(Princípios Constitucionais e Processuais Penais, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

O próprio autor acima nominado, Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é quem, em outra de suas obras, também sustenta:

"Maus antecedentes: pode o juiz levar em consideração ambos os elementos, desde que não tenham como base as mesmas condenações. Neste contexto, saliente-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'. Assim, caso alguns processos signifiquem *maus antecedentes*, outros podem levar ao reconhecimento da reincidência."

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

(**Código Penal Comentado**, 15ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

E ainda, em uma terceira obra, o mesmo autor pontifica:

"Por outro lado, o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica está a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?.

Entretanto, nada obstaculiza a elevação da pena-base porque o réu possui maus antecedentes e, depois, novamente, por conta da reincidência, como agravante, se há condenações *distintas* em número suficiente para tal procedimento.

Exemplificando: se o agente pratica um roubo depois de já ter sido condenado definitivamente por três outros delitos patrimoniais, podendo ou não ter cumprido a pena. Ora, nada impede que o juiz o considere reincidente por conta de um deles e pondere os outros dois como antecedentes negativos. Se assim não fizer, levando em conta somente a reincidência, poderá haver injustiça na individualização da pena, pois outro réu, que possui apenas uma condenação por crime anterior, é identicamente reincidente. O primeiro tem três antecedentes; o segundo, apenas um. Ambos não podem ser equiparados como reincidentes, com igual elevação da pena. É razoável que haja consideração separada para o que ostenta mais de uma condenação no seu passado. Outros sistemas legislativos adotam critério diferenciado para a ponderação da reincidência na fixação da pena, determinando aumentos maiores para quem possui mais de uma condenação pretérita e torna a cometer outra infração penal. No Brasil, pode-se suprir a deficiência legal no contexto da reincidência conforme o prudente critério do magistrado ao levar em consideração tanto a circunstância legal da reincidência quanto a circunstância judicial dos maus antecedentes."

(**Individualização da Pena**, 6ª Edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2014).

Igualmente, **ANDRÉ ESTEFAM**:

"O agente não pode ter, por força de uma única condenação anterior com trânsito em julgado, reconhecida em seu desfavor a agravante da reincidência e os maus antecedentes (na condição de circunstância judicial desfavorável), sob pena de se realizar um inaceitável *bis in idem*. Nesse sentido a Súmula 241 do STJ: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?. Tal fenômeno, isto é, o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes em desfavor do mesmo réu, requer a existência no

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

processo de uma certidão criminal demonstrando condenação anterior definitiva por outro crime e de *outras* certidões anotando antecedentes criminais."

(Direito Penal, 1, Parte Geral, (arts. 1º a 120), 3ª edição, Editora Saraiva, 2013).

Segue o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES:**

"Igualmente, o reconhecimento da agravante da reincidência impede que a mesma condenação anterior seja utilizada para aumentar a pena-base na condição de "maus antecedentes" (circunstância judicial do art. 59 do CP). A esse respeito existe, inclusive, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Referida vedação obviamente não existe quando o acusado ostenta mais de uma condenação anterior definitiva e o juiz utiliza uma delas para reconhecer a reincidência e a outra como maus antecedentes. Nessa situação, não há *bis in idem* porque cada agravação da pena baseou-se em condenação anterior diversa."

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

Ainda nesta etapa, a Origem entendeu, corretamente, preponderar a circunstância agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, no que diz respeito ao **réu Stefano Rafael**. 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:

"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**

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

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);

"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 DI REITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA**

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

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 EXCL USIVA DA DEFESA.

[...]

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

E, ainda, conforme recentes decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da SUPREMA CORTE:

"[...]

É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. **A pretensão da parte recorrente, que busca a integral compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, não encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal, que considera aquela preponderante sobre esta.** Confirmam-se, a esse respeito, os seguintes julgados, oriundos de ambas as Turmas desta Corte: RECURSO ORDINÁRIO EM

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

HABEAS CORPUS – PREQUESTIONAMENTO – INADEQUAÇÃO. É impróprio transportar para a recorribilidade ordinária pressuposto de recurso de natureza extraordinária, o prequestionamento. PENA – DOSIMETRIA – REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. **A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal.** PENA – DOSIMETRIA – SOBREPOSIÇÃO – INEXISTÊNCIA. Cabe levar em conta a prática de violência doméstica contra mulher como agravante e para impedir a imposição isolada de multa, inexistindo sobreposição – artigos 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal e 17 da Lei nº 11.340/2006. (RHC 172842, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2021 PUBLIC 26-02-2021) Ementa: 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. (RHC 120677, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014) Habeas Corpus. **2. Concurso de agravantes e atenuantes. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Art. 67 do CP. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3 Ordem denegada.** (HC 106172, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2011 PUBLIC 11-03-2011 RTJ VOL-00236-01 PP-00100) Ementa: 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”** (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 105543, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014) Por fim, quanto à magnitude do acréscimo de pena promovido em razão do cotejo entre as circunstâncias agravante e atenuante, observo que “[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, à míngua de previsão, no Código Penal, de rígidos esquemas

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

matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena”, de modo que não existe constrangimento ilegal sanável via habeas corpus se a exasperação for “estabelecida dentro da margem de discricionariedade permitida ao julgador e cuja resultante não teve desfecho flagrantemente desproporcional” (HC 218217 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 20.9.2022), como ocorreu no presente caso, em que, dado o elevado número de condenações definitivas, mesmo diante da confissão, optou-se pelo aumento da pena em 1/3 (um terço).

Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão ora recorrida por seus próprios fundamentos. Ante o exposto, nos termos dos arts. 192 e 312 do RISTF, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 211.798/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 22/02/2023 – DJe de 24/02/2023);

"[...]

Por fim, esta CORTE já decidiu, reiteradas vezes, que a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a atenuante da confissão (art. 67 do Código Penal). Precedentes: RHC 135819, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 13/6/2018; RHC 110727, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 10/5/2012; HC 105.543, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 27/5/2014; RHC 120.677, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 2/4/2014; HC 112.830, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 18/6/2012; HC 108.138, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 14/12/2011). Em conclusão, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, INDEFIRO a ordem de HABEAS CORPUS."

(STF – HC 222.186/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 11/11/2022 – DJe de 14/11/2022);

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES: IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA. PATAMAR DE 3/8. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

"[...]

15. Na espécie vertente, descabe cogitar-se de ilegalidade manifesta ou flagrante teratologia, pois a jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante de confissão espontânea. O entendimento do Supremo Tribunal

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

Federal não restringe a preponderância ao caso de ser reincidência específica ou reincidência múltipla. Confirmam-se os julgados: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO ATO APONTADO COMO COATOR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REAVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (HC n. 198.395-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13.4.2021). “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'** (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual” (HC n. 105.543, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 27.5.2014). “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” (RHC n. 120.677, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 2.4.2014). “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. **CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.** 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. **2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea.** Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a

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

conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 4. Ordem denegada” (HC n. 102.486, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 21.5.2010).

16. No art. 67 do Código Penal, dispõe-se: “Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”. Como afirmei em julgado de minha relatoria, o “dispositivo legal é claro ao dispor que a reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea” (HC n. 102.486, Primeira Turma, DJe 21.5.2010).

[...]

20. Pelo exposto, nego seguimento ao habeas corpus (§1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), prejudicada a medida liminar requerida.”

(STF – HC 220.776/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – j. em 07/10/2022 – DJe de 11/10/2022);

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE: AUSÊNCIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL: IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. PEDIDO LIMINAR PREJUDICADO.

[...]

12. Além disso, o entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o de que a agravante da reincidência é preponderante sobre a atenuante da confissão: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA. 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.” (RHC nº 120.677/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 18/03/2014, p. 02/04/2014; grifos nossos). “Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. **Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da**

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

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” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual.” (HC nº 105.543/MS, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 29/04/2014, p. 27/05/2014; grifos nossos).

[...]

15. Ante o exposto, denego a ordem, com fundamento no art. 192 do RISTF, ficando prejudicado o pedido liminar.”

(STF – HC 212.965/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. em 03/09/2022 – DJe de 05/09/2022);

[...]

Finalmente, acerca do pleito de que “a atenuante da confissão espontânea deve ser integralmente compensada com a agravante da reincidência”, a preponderância dada pelo tribunal de origem à agravante da reincidência em relação à atenuante da confissão espontânea está de acordo com a orientação de ambas as turmas dessa Suprema Corte, nesse sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CABIMENTO. Mostra-se impróprio transportar para a recorribilidade ordinária pressupostos de recursos de natureza extraordinária – prequestionamento. PENA – DOSIMETRIA – **REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal.** (RHC 141.519, ministro Marco Aurélio – grifei) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA. 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. (RHC 120.677, ministro Ricardo Lewandowski – grifei)

3. Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus.”

(STF – RHC 214.581/PR – Rel. Min. NUNES MARQUES – j. em 01/08/2022 – DJe de 03/08/2022).

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

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 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 seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira

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

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, preponderada a circunstância agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, no tocante ao **réu Stefano Rafael**, a sua pena foi elevada para 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, no piso e, enquanto para a ré Eliane Alves, dada a reincidência, 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, diária mínima.

Na terceira e última etapa do castigo legal, nada a ser considerado ante a ausência de causas ensejadoras de diminuição ou mesmo de aumento das penas, elas estabilizaram-se em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, no piso, para o **réu Stefano Rafael**, e 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, diária mínima, para a **ré Eliane Alves**.

O regime prisional para o cumprimento das penas dos **réus Stefano Rafael e Eliane Alves** continua sendo o fechado, porque os réus são portadores de maus antecedentes criminais e reincidentes, inclusive pela prática do mesmo crime, 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.

Isso porque, a jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais

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

gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes (caso dos autos), 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 LESÃO CORPORAL GRAVE. CONDENAÇÃO PENAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA

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

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 DESPROVIDO.

[...]

VIII - Descabida a inovação recursal em sede de agravo regimental quanto à pretensão de fixação de regime inicial fechado. Ademais,

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

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. Jesuíno 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).

Por fim, também não é caso de ser acolhido o pedido pela concessão de gratuidade da justiça, uma vez que ele deverá ser feito junto ao Juízo das Execuções Criminais.

Nesse sentido:

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DUPLICIDADE DE RECURSOS CONTRA O MESMO ACÓRDÃO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE E PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

3. Quanto ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, "de acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução (...)" (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2016).

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 2.183.380/GO - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. 6/12/2022 - DJe de 13/12/2022).

Nada mais.

Em face de tais razões, **nego provimento ao recurso defensivo**, mantida, sem alteração, a sentença condenatória.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator