



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000353507

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003494-83.2018.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante CLAUDIO DO NASCIMENTO BERSOT DA ROCHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **rejeitaram a preliminar e Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

CAMILO LÉLLIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0003494-83.2018.8.26.0019

Comarca: Americana

Apelante: Claudio do Nascimento Bersot da Rocha

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Magistrado: Andre Carlos de Oliveira

Voto nº 48314

EMENTA: DIRIETO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE FRAUDE. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO VERIFICAÇÃO. QUALIFICADORAS BEM COMPROVADAS. PENA E REGIME PRISIONAL INALTERÁVEIS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Recurso defensivo interposto contra sentença que condenou o réu pela prática de tentativa de furto qualificado pelo concurso de agentes e fraude (art. 155, §4º, II e IV, c.c. art. 14, II, ambos do CP), fixando pena de 1 ano, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de multa. A defesa apelou, alegando, preliminarmente, quebra da cadeia de custódia, buscando a absolvição ou, subsidiariamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime inicial fechado.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar se há quebra da cadeia de custódia das provas, (ii) aferir se as provas são suficientes para escorar a condenação, (iii) avaliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade ou fixação de regime inicial aberto.

III. Razões de Decidir

3. Não houve quebra da cadeia de custódia, pois os dispositivos utilizados na fraude foram apreendidos e periciados adequadamente, sem indícios de adulteração.

4. A materialidade e autoria do crime foram comprovadas por provas orais e periciais, incluindo o depoimento da vítima e dos agentes públicos, além da prisão em flagrante do acusado.

5. Regime semiaberto mantido, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis e os maus antecedentes do réu.

6. Indeferida a substituição da pena privativa de liberdade,

em razão da reincidência e da gravidade concreta do delito.

IV. Dispositivo e Tese

7. Preliminar rejeitada e recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A quebra da cadeia de custódia exige demonstração concreta de prejuízo à higidez da prova, não bastando mera alegação genérica. 2. Em caso de multiplicidade de qualificadoras, é possível o deslocamento de uma delas para a primeira etapa, sopesada como circunstância judicial negativa.

Legislação Citada:

CP, arts. 155, §4º, II e IV; 14, II; 44, III.

CPP, art. 158-A

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no HC n. 891.665/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 08.04.2024.

TJSP, Apelação Criminal 1501092-36.2020.8.26.0228, Rel. Des. Laerte Marrone, 14ª Câmara de Direito Criminal, j. 13.12.2020.

Vistos.

Pela. r. sentença a fls. 716/727, **Claudio do Nascimento Bersot da Rocha** foi condenado às penas de 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 06 dias-multa, estipulados unitariamente no valor mínimo, como incurso no art. 155, §4º, II e IV, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Não se conformando, apela a defesa em busca da absolvição, argumentando, em sede de preliminar com quebra da cadeia de custódia de provas, na medida em que os dispositivos supostamente utilizados para a prática do crime foram retirados do local e levados à autoridade policial sem realização de imprescindível perícia. No mérito, argumenta com falta de indícios de materialidade e autoria, pugnando, subsidiariamente, pela substituição da pena privativa de

liberdade por restritiva de direitos e pela fixação de regime inicial aberto (fls. 757/759).

Contrariado o recurso (fls. 765/769), subiram os autos, tendo o ilustre Procurador de Justiça Elvecio de Faria Barbosa opinado pelo não provimento do apelo (fls. 778/785).

É o relatório.

De proêmio, cumpre salientar não assistir razão à defesa com relação à alegada quebra na cadeia de custódia.

Isso porque não se vislumbra qualquer resquício de nódoa no procedimento adotado pelos guardas responsáveis por atender a ocorrência, verificando-se, outrossim, que os equipamentos foram apreendidos e devidamente periciados (fls. 65/84).

Com efeito, reserva-se a defesa a avultar suposto vício, sem, todavia, indicar concretamente qual(is) seria(m) a(s) efetiva(s) eiva(s) existente(s).

Dessa maneira, não é caso de ofensa ao art. 158-A da Lei Penal Adjetiva, porquanto, consoante já decidiu pelo C. Superior Tribunal de Justiça: *“Não há falar em quebra da cadeia de custódia, pois não há indicação de que a prova material tenha sido*

adulterada”.¹

Na mesma senda:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. VÍCIOS NÃO CONSTATADOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não há falar em violação do princípio da colegialidade, porquanto compete à Presidência do STJ não conhecer de recurso inadmissível, nos termos do art. 21-E, V, do RISTJ, como ocorrido na espécie. 2. A prolação de decisão monocrática está autorizada não apenas pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, mas também pelo Código de Processo Civil. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente exaurido no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental. 3. **Embora a argumentação defensiva orbite em torno da alegação de que as reproduções fotográficas de imagens capturadas de telas de celular carecem de prova de sua higidez, insinuando a imprestabilidade de tais elementos para comprovar a materialidade dos crimes imputados, não há qualquer elemento concreto que indique adulteração no iter probatório.** 4. Assim, não se verifica a*

¹ (AgRg no HC n. 705.639/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

alegada 'quebra da cadeia de custódia', pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova (HC 574.131/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe 4/9/2020). 5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC n. 891.665/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024 – Destacado).

Ainda em pertinência ao tema:

“(...) Não há dados a indicar quebra da cadeia de custódia. Na aferição da higidez da prova sob a óptica da cadeia de custódia, importa atentar, mais do que o cumprimento estrito das formalidades em si, para a finalidade do instituto. Neste passo e sempre tendo por parâmetro o princípio da instrumentalidade das formas - não se declara a invalidade sem comprovação de prejuízo, ainda que se cuide de nulidade absoluta, tal como tem assentado o Supremo Tribunal Federal (HC nº 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC nº 85.155-0, rel. Min. Ellen Gracie; RHC nº 123.890, rel. Min. Cármen Lúcia; RHC nº 122.467, rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE nº 868.516 AgR, rel. Min. Roberto Barroso; AP nº 481 EIED, rel. Min. Dias Toffoli, entre outros), impende aferir se, no caso concreto, as providências tomadas (ou não tomadas) deixam alguma dúvida sobre a identidade entre o material apreendido e o

periciado, bem como no tocante à conservação do material apreendido para fins da perícia. Somente se deve declarar a invalidade se existir fundada suspeita de que o procedimento colocou em risco a credibilidade da prova. (...)” (TJSP; Apelação Criminal 1501092-36.2020.8.26.0228; Relator Des. Laerte Marrone; 14ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 13/12/2020).

Nessa medida, fica rejeitada a preliminar aventada.

No mérito, segundo narra a denúncia, em 30 de março de 2018, por volta de 8h10min, na avenida de Cillo, nº 1630, bairro Jardim São Paulo, na cidade e Comarca de Americana, o réu, agindo em concurso com terceiro não identificado, mediante fraude, tentou subtrair, para si, dinheiro do *Banco Itaú Unibanco S/A*.

Consta que o réu e seu comparsa entraram na agência 4897 do banco *Itaú Unibanco S/A* e miraram o caixa de atendimento eletrônico, cujo número de equipamento nº 48366 (ver foto às fls. 54 v do laudo pericial).

Consta que, no “caixa”, acoplaram um dispositivo plástico de cor prata, de dimensões externas de 16 cm de largura e 14 cm de comprimento, dotado de botões fixos e abertura para inserção de cartões (ver foto às fls. 55 do laudo pericial). Esse dispositivo possuía bastante semelhança com o dispositivo leitor de cartões original dos caixas de atendimento eletrônico e se

apresentava fixado a este leitor por fitas adesivas.

Consta que a abertura para inserção de cartões apresentava-se com espessura um pouco menor que a observada no dispositivo leitor de cartões originalmente presente no caixa de atendimento eletrônico.

Consta, ainda, que os agentes criminosos instalaram um telefone fixo de cor branco, o qual se apresentava fixado na parede apenas por fitas adesivas aparentemente do mesmo tipo das fitas constatadas no dispositivo plástico fixado no leitor de cartões do caixa eletrônico (ver foto às fls. 57 do laudo pericial).

De fato, verificou-se que a parede da agência não possuía fiação ou tomadas próprias para aparelhos telefônicos na área em que estava fixado o aparelho.

Consta que, no interior do aparelho telefônico supra descrito, foi constatada a presença de um aparelho móvel de comunicação (celular) em pleno funcionamento (ver fotos às fls. 57 v a 59 do laudo pericial); usado; em bom estado de conservação; de marca de fabricação *LG*, do modelo *LG-B220*, de IMEI'S 357446082850532 e 357446082850540; com bateria; ostentando cartão *SIM* (chip) da operadora de telefonia *VIVO* de número de identificação 89551093444411369214344; desprovido de cartão de memória *micro SD*.

Consta que as teclas do aparelho celular se encontravam conectadas por meio de fios unidos por solda às teclas do aparelho telefônico fixo e cujo funcionamento resultou positivo, de forma que, pressionando as teclas do telefone fixo, estas acionavam as respectivas teclas do telefone celular internamente disposto.

Consta que o laudo pericial constatou que o dispositivo plástico e o telefone fixo poderiam se prestar à fraude, *“servindo o primeiro para dificultar a remoção de cartões magnéticos inseridos por eventual vítima leitor de cartões dos caixas de atendimento eletrônico. O segundo dispositivo para realizar comunicação dos autores com eventual vítima, estando esse dispositivo posicionado de forma a simular tratar-se de equipamento telefônico da própria agência”* (fls. 60v).

Consta que a Guarda Municipal se deslocou à agência tão logo noticiada a presença de duas pessoas instalando artefatos em caixas eletrônicos, estando presente o denunciado, enquanto o comparsa conseguira fugir, não se consumando o crime por circunstâncias alheias à vontade deles.

Eis, em síntese, o teor da denúncia.

A materialidade delitiva é evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 04), pelo boletim de ocorrência (fls. 13/16), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 17/18), pelo laudo pericial realizado na agência

bancária da instituição vítima e nos equipamentos utilizados para emprego da fraude (fls. 68/84), bem assim pela prova oral reunida.

Induvidosa, também, a autoria, aproveitando-se do ensejo para, com a devida venia e primando pela eficiência, colacionar a transcrição da prova oral conforme disposta em sentença, uma vez que precisa, minuciosa e detida aos aspectos relevantes, não carecendo de qualquer complementação:

“O réu, no inquérito, manteve-se em silêncio [...] (fls. 11).

Em juízo, o réu alegou que 'eles estão me acusando, mas não fui eu. No dia eu fui tirar um extrato no banco, de repente a polícia chegou e me acusaram. Eu tenho conta lá. Eu estava sozinho. Eu não cheguei a falar com o senhor que falou aqui. Eu não tive nenhum contato com ele. Eu fui tirar o extrato. Eu consegui tirar o extrato. Eles falaram que eu estava tentando alguma coisa no cartão da pessoa. Eu estava lá na hora tirando um extrato, chegou tão rápido, perguntaram para mim o que eu estava fazendo ali, eu expliquei que estava tirando um extrato e no final me levaram para a delegacia'.

Paulo Kraide Piedade, vítima, explicou que 'foi em uma sexta-feira santa, eu estava indo ao supermercado, eu tinha um crédito do INSS para ser colocado na minha conta no Itaú. Eu parei no Itaú para verificar o saldo. Quando eu fui

verificar o saldo, o cartão ficou preso, eu tentei dar um jeitinho. Eu achei um clipe na bancada, fiz um ganchinho, puxei o cartão de volta e consegui pegar meu cartão. A hora que eu consegui pegar o cartão tinha uma pessoa do meu lado, que eu não lembro fisionomia, não lembro nada, porque tinham 2 pessoas no caixa eletrônico no momento que eu estava. Ele falou 'deu algum problema aí?', eu falei 'enroscou o cartão' e ele falou 'olha, fala com o 0800 aqui'. Eu falei que não ia, porque eu já tinha pego o cartão. Eu falei que não tinha problema, mas ele falou que a moça queria falar comigo. Eu atendi, a moça falou 'olha, esse cartão do senhor não vale mais, o senhor não precisa mais usar esse cartão, porque o banco já está emitindo outro para o senhor', eu respondi 'não, o cartão está na minha mão', ela falou 'não, o senhor pode deixar na máquina e esse cartão não vale mais e eu respondi 'olha, a senhora vai me desculpar, o cartão é meu, eu paguei por ele e eu vou levar embora. Eu não vou deixa-lo na máquina. A máquina está com defeito, eu vou por um aviso na máquina para ninguém mais ter o problema que eu tive'. Eu fui no carro, peguei uma folha de papel, cheguei na bancada do banco e comecei a escrever 'cuidado, caixa com problema'. Chegaram 6 viaturas. No momento de reação, fiquei meio apavorado e quase saí correndo. A pessoa que estava lá falava 'foi o vizinho aí que estava mexendo. Eu não fiz nada'. Eu falei 'não, o senhor me falou para atender o telefone'. A polícia falou para todo mundo colocar a mão na cabeça. Eu ia ser algemado. Ele me autorizou, eu

fui até o carro, peguei meu documento e entreguei para ele. Não foi subtraído nada da minha conta, porque eu fiquei com o cartão. Eu não me lembro dele. Eu lembro que era uma pessoa grande de bermuda. Eu só percebi que o meu cartão enroscou em alguma coisa estranha. Na hora que eu consegui tirar meu cartão eu nem me preocupei mais com o caixa, porque eu queria ir embora já que não tinha dado certo o meu acesso para ver o saldo. Eu fiquei constrangido, queria ir embora o quanto antes, principalmente depois do ocorrido de chegar viatura. Eu estava sozinho. Na hora que eu cheguei tinha 1 pessoa que já estava no caixa e depois chegou mais 1. Eram 2 tentando me convencer a falar no telefone. Eu não conhecia nenhuma das pessoas. Eu não soube se eles eram clientes do banco'.

O representante da instituição financeira-vítima (banco Itaú) Geovane Nunes dos Santos, lembrou-se de que 'eu era vigilante de ronda e trabalhava para o Itaú. Eu trabalhava no período noturno, porém eu fui várias ocorrências de furtos e arrombamentos. Desse fato eu não me lembro muito, por fazer muito tempo'.

A testemunha, Edmar Pereira Gomes, guarda municipal, alegou que 'nós fomos acionados via controle que uma parte estaria tentando dar um golpe no referido banco. Deslocamos e encontramos 3 partes. As partes foram averiguadas. Constatamos que 1 deles era um suposto golpista que teria colocado um aparelho na frente do caixa eletrônico e um telefone falso na parede oferecendo ajuda para a vítima. Eu

não me recordo a camisa que o rapaz foi preso. Dentro do banco estavam as 3 partes'.

Leandro Dias da Silva, outro guarda municipal, ratificou a versão do colega de farda, harmônica e coerentemente. Destacou que 'nós fomos acionados no dia, segundo informações, havia uma pessoa tentando aplicar um golpe na agência Itaú da Avenida Cillos. Quando a gente chegou, abordamos o indiciado, além dele no dia havia 2 partes. Um deles era a suposta vítima e a outra que estava no interior. Foi constatado lá que havia uma placa que era colocada no caixa eletrônico. Essa placa segurava os cartões e os envelopes. Havia um telefone que a vítima informou que o indiciado pedia para a vítima usar o telefone no interior da agência. Era um telefone que eles haviam colocado. Era um celular dentro de outro aparelho que poderia fazer ligação para uma pessoa deles. Eu lembro que a vítima falou que tinha colocado um cartão, não conseguia retirar, porque havia travado. O indiciado havia oferecido ajuda para ele, indicando esse aparelho celular que dizia ser da agência, mas não era. A gente retirou os dispositivos para serem apresentados. Eu não me recordo quem retirou os dispositivos. Eu não me recordo se tinha alguém do banco, mas o dispositivo era de fácil colocação, ele era apenas encaixado. Eu não tenho conhecimento suficiente para dizer se o dispositivo pertencia ao banco. No dia havia umas 3 ou 4 viaturas, mas não me recordo quantos policiais'." (fls. 718/721).

Importante consignar, aqui, ser assente na jurisprudência que a palavra da vítima adquire relevante força probante em crimes patrimoniais.

A propósito, já julgou esta Colenda Câmara:

“Cediço que, em casos tais, a palavra da vítima assume máxima relevância, justamente porque, a par de se tratar de infração cometida, em regra, à sorrelfa, ausente interesse seu em increpar, graciosamente, o acionado.” (Apelação nº 0091576-36.2014.8.26.0050, Rel. Ivan Sartori, j. em 02.02.2016).

E, no caso, o discurso do ofendido encontra arrimo nos relatos ofertados pelos guardas municipais, que confirmaram a apreensão dos objetos e o relato da vítima, no sentido de que estaria sendo alvo de um golpe perpetrado naquela agência, tendo ocorrido a prisão em flagrante do recorrente, vale dizer.

E, apesar das críticas desfechadas, veste-se o testemunho dos agentes públicos, sim, com maior valoração, porquanto isento, despido da intenção de imputar crimes a inocentes.

Ademais, diante da prática adquirida com a profissão por eles desempenhada, são capazes de apontar fatos e circunstâncias imprimidas nas diligências levadas a efeito para elucidar o acontecido, só deles conhecida, que culminam por trazer a certeza do cometimento imputado, especialmente quando as versões por eles

descritas são anotadas logo de início no auto de flagrante e não desmerecidas no contraditório.

Registre-se que, além de não demonstrado o interesse dos guardas em prejudicar o apelante, que sequer conheciam de ocasião anterior, o depoimento deles *“pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte”* (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

No mesmo sentido:

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (Superior Tribunal de Justiça – HC 149540/SP – Ministra Laurita Vaz – DJ 04.05.2011).

Não bastasse, repise-se que o apelante foi detido em flagrante delito, o que constitui importante liame com o evento criminoso, tendo apresentado álibi frágil, que foi frontalmente rechaçado pelo conjunto probatório.

Como se vê, diferentemente do que sublinha

a defesa, o quadro é sólido, convergindo no sentido da procedência da pretensão punitiva estatal, razão pela qual a condenação era mesmo medida de rigor, restando esvaziada a tese de precariedade probatória.

De outro norte, a prova oral é farta e, além de sustentar o desate condenatório, presta-se para comprovar as qualificadoras.

Evidente o emprego de fraude, já que o réu e seus comparsas se valeram de dispositivos que poderiam se prestar ao engodo, *“servindo o primeiro para dificultar a remoção de cartões magnéticos inseridos por eventual vítima no leitor de cartões dos caixas de atendimento eletrônico. O segundo dispositivo para realizar comunicação dos autores com eventual vítima, estando esse dispositivo posicionado de forma a simular tratar-se de equipamento telefônico da própria agência”* (fls. 84).

Quanto à comparsaria, essa deriva da prova oral.

Aliás, se a prova oral é bastante para sustentar o desate condenatório, certamente se faz suficiente para validar o concurso de agentes, exaustiva e inarredavelmente evidenciado nos autos.

Condenação, pois, inalterável.

As penas também não comportam reparos, devendo ser mantido o acréscimo operado sobre a

básica.

Decerto, há duas qualificadoras incidindo sobre o furto, de maneira que se apresenta recomendável o deslocamento de uma delas para a primeira fase da dosimetria da pena, avaliada como circunstância judicial negativa.

Escoreito tal critério, porque a multiplicidade das qualificadoras recrudesce a gravidade dos fatos, permitindo, assim, maior rigor na fixação da(s) pena(s)-base.

Sobre a questão em debate:

“A circunstância de um furto praticado sob a égide de duas qualificadoras são mais graves que as cometidas sob o manto de uma única, de modo que o autor de um furto bi-qualificado não pode receber o mesmo tratamento, no que diz respeito à fixação da pena-base, do que o autor de um furto unqualificado” (RJTACRIM 24/225).

Trilha a mesma senda o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. ART. 155, § 4º, I E II, C/C O ART. 14, II, DO CP. DOSIMETRIA. **PENA-BASE. MAJORAÇÃO. DUAS QUALIFICADORAS. UMA**

UTILIZADA PARA TIPIFICAR A CONDUTA DELITIVA E A OUTRA VALORADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, CP. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. ITER CRIMINIS. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos. 2. **A teor da jurisprudência desta Corte, presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível a utilização de uma delas para configurar a forma qualificada do delito e da outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base.** 3. Rever a conclusão consignada pelo Tribunal a quo - de que, em razão do iter criminis percorrido, a fração de 1/3 seria a quantidade de redução mais adequada ao caso - demandaria imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 970.641/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016) (Destacado).

Ponderou-se, ainda, a presença de maus antecedentes, ambos derivados da prática de crimes análogos (processos nº 0000191-31.2015.8.26.0548 e

0001140-21.2016.8.26.0548 – fls. 711/712), restando bem justificada, pois, a exacerbação da básica.

Em seguida, não foram verificadas atenuantes ou agravantes, reduzindo-se a pena em 1/2 pela tentativa, o que reflete razoabilidade à vista do *iter criminis* percorrido, que avançou consideravelmente, somente não ocorrendo a consumação do delito em razão da rápida intervenção da Guarda Municipal e da perspicácia da vítima.

Sem outras circunstâncias modificadoras, definiu-se a sanção.

De outro vértice, o regime não poderia mesmo ser outro que não o semiaberto, haja vista o cotejo entre as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a quantidade de pena concretamente aplicada e os maus antecedentes derivados de crimes da mesma espécie, denotando-se que o acusado faz da pilhagem do patrimônio alheio o seu meio de vida.

Pelas mesmas razões, descabida a pretendida substituição da pena privativa de liberdade, na exegese do art. 44, III, do Código Penal.

Era o que cabia consignar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAMILO LÉLLIS

Relator