



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000409922

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1518125-68.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL FERNANDES DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente sem voto), FLAVIO FENOGLIO E ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1518125-68.2022.8.26.0228.

Comarca de São Paulo.

Apelante: Rafael Fernandes de Souza.

Apelado: Ministério Público.

Voto nº 50.167.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em Exame 1.O réu Rafael Fernandes de Souza foi condenado pela prática do crime de furto qualificado, em concurso de pessoas, pela subtração de bens avaliados em R\$.434,42, pertencentes ao estabelecimento “Oxxo Mini Mercado”. Inconformado, apelou em busca da absolvição pela aplicação do princípio da insignificância ou reconhecimento da tentativa e, subsidiariamente, da mitigação do regime prisional. II. Questão em Discussão 2. Consiste em verificar: (i) a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, (ii) a caracterização do crime tentado e (iii) eventual ocorrência de bis in idem na valoração da reincidência e (iv) se é caso de mitigação do regime de prisão. III. Razões de Decidir 3. A aplicação do princípio da insignificância foi afastada, diante da reprovabilidade da conduta, evidenciada pela habitualidade delitiva do réu, não se tratando de fato insignificante. 4. O crime de furto se consumou com a posse dos bens, ainda que por breve tempo, não cabendo o reconhecimento da tentativa. 5. O regime inicial semiaberto mostra-se adequado, diante da reincidência específica e dos antecedentes do apelante. IV. Dispositivo e Tese 6. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. O princípio da insignificância não se aplica quando a conduta não atende aos critérios de mínima ofensividade e inexpressividade da lesão. 2. O furto se consuma com a posse de fato dos bens, ainda que por breve tempo, sendo prescindível a posse mansa, pacífica ou desvigiada. 3. O regime inicial semiaberto é compatível com a reincidência e os antecedentes. Legislação Citada: Código Penal, art. 155, § 4º, IV; Código de Processo Penal, art. 366. Jurisprudência Citada: STJ, HC nº 138.956, DJe de 29.03.2010; STJ, REsp nº 824673, DJ de 06.08.2008; STJ, AgRg no AREsp nº 1365757/DF, DJe de 12.11.2018; STJ, AgRg no REsp nº 1762803, DJe de 02.09.2019; STJ, AgRg no AgRg no AREsp nº 2.391.999/MG, DJe de 15.12.2023,

STJ, AgRg no AREsp nº 2.698.901/MG, DJe de 5.3.2025.

1. Perante o Juízo de Direito da 9ª Vara Criminal Central desta Comarca de São Paulo, os réus Rafael Fernandes de Souza e Guilherme Mastandrea Teracine foram denunciados como incurso no artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal, porque no dia 11 de agosto de 2022, por volta de 00h10, na Rua Vergueiro, nº 3.459, Vila Mariana, nesta cidade, agindo em concurso de pessoas e com identidade de desígnios, subtraíram, para proveito comum, trinta e cinco latas de cerveja, dois bolos mesclados, um panetone, um bolo de abacaxi, quatro potes de “*Toddy*”, sete salgados “*Pringles*”, quatro potes de geleia, dois potes de “*capuccino*” e dois potes de doce de leite, bens avaliados em R\$.434,42 e pertencentes a “*Oxxo Mini Mercado*”.

O réu Rafael, ora recorrente, foi citado por edital e, com base no artigo 366 do Código de Processo Penal o andamento da ação penal foi suspenso quanto a ele, que em 26 de outubro de 2023 veio a ser citado pessoalmente, motivo pelo qual foi revogada a suspensão do processo (fls. 231 e 479).

Ao término da instrução, a ação penal foi julgada procedente e esse réu condenado como incurso no artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal, a dois anos e quatro meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, e onze dias-multa, no piso mínimo.

Inconformado, ele apelou em busca da absolvição por atipicidade da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância ou reconhecimento da tentativa e subsidiariamente pleiteou a mitigação do regime prisional.

Regularmente processado o recurso, pelo desprovimento opinou a douta Procuradoria de Justiça.

É a síntese do necessário.

2. A condenação do recorrente foi mesmo correta, porquanto ao cabo da instrução ficaram provadas autoria e materialidade dos fatos, bem como o dolo com que ele agiu, notadamente em face da sua confissão judicial, corroborada pelas firmes declarações prestadas pelos policiais militares e pelo representante da empresa-vítima, bem como pela apreensão do produto do crime em poder dele e do corréu Guilherme (fls. 3/7 e registro digital), tudo a conduzir à certeza de que ele praticara mesmo o delito de furto pelo qual se viu condenado.

Na análise do inconformismo, desde logo cabe observar que não há falar em aplicação do princípio da insignificância para se reconhecer a atipicidade do fato delituoso em face da ausência de prejuízo suportado pelo estabelecimento vítima, na medida em que a falta de repressão de conduta dessa natureza representaria verdadeiro incentivo ao cometimento de pequenos delitos patrimoniais que, no conjunto, trariam desordem social.

Não é por outro motivo que nos casos em que decidiram pela aplicação do princípio da insignificância as Cortes Superiores mostraram-se criteriosas, a exemplo da veneranda decisão da lavra do Ministro Napoleão Nunes, na qual ficou anotado: *“O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do*

Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19.04.04). No caso em apreço, o valor total do bem furtado (R\$120,00) não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela, razão pela qual não incide na espécie o princípio da insignificância. Precedentes. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.” (STJ, HC nº 138.956, DJe de 29.03.2010).

Enfrentando a questão, o Pretório Excelso deixou assentado não se poder “considerar apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado.” (RHC nº 96.813, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 31.03.2009).

A propósito do tema, por acórdão da lavra do Desembargador Renato Nalini, quando Juiz do Tribunal de Alçada Criminal deste Estado, ficou assente que, “Embora ponderável a posição dos que sustentam acolhimento do princípio da insignificância – de minimus non curat praetor –, não se mostra ele integralmente prestigiado pela maioria dos operadores e sua aplicação

deve ser restrita, pena estimular-se a reiteração de pequenos delitos, diluindo a consistência já atenuada dos freios éticos, fenômeno nítido da chamada pós-modernidade. A teoria do crime de bagatela, por sedutora possa parecer, não tem prevalecido na jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Pois, mostra-se incompatível com o clamor da comunidade por uma tolerância zero em relação a qualquer tipo de conduta vulneradora de bens da vida, até como forma preventiva de mais intensas incursões pela criminalidade” (RT 782/603).

Quanto à suposta ausência de prejuízo pela recuperação dos bens em decorrência da prisão em flagrante do réu, impende ressaltar que esta Câmara adota a posição sedimentada no egrégio Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente tem decidido que *“o simples fato de o bem haver sido restituído à vítima não constitui, por si só, razão suficiente para a aplicação do princípio da insignificância” (AgRg no AREsp nº 1317769, 5ª Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 20.09.2018).*

Ademais, há que destacar que o entendimento prevalente nessa mesma Corte, no sentido de que a reiteração delitiva denota a maior reprovabilidade da conduta e impede o reconhecimento do crime de bagatela, como se colhe de julgado no qual ficou assente que, *“(…) a despeito do valor não exacerbado da res furtivae, o acusado é reincidente e, constatada a habitualidade delitiva em crimes patrimoniais, revela-se impossível a aplicação do princípio da insignificância, ante a evidente reprovabilidade da conduta” (STJ, AgRg no REsp nº 1762803, 6ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 20.08.2019, DJe de 02.09.2019).*

Portanto, comprovadas materialidade e autoria dos fatos, bem como o dolo com que agiu o apelante, da responsabilização penal pelo delito de furto, que se tipificou na espécie, ele não podia mesmo escapar, sendo inviável a almejada

absolvição a qualquer título.

A qualificadora do concurso de pessoas foi comprovada pela prova oral, que demonstrou a atuação conjunta e integrada do apelante com o corréu Guilherme, ambos imbuídos do mesmo propósito para levar a bom termo a subtração pretendida.

De outra parte, impossível acolher a tese defensiva que diz com o reconhecimento da tentativa, pois o que se observa da prova colhida é que o furto efetivamente se consumou, em razão de ter o apelante e o corréu mantido, ainda que por breve tempo, a livre disponibilidade sobre os produtos do crime, pois foram abordados já em via pública, depois de deixarem o estabelecimento vítima, na posse dos produtos subtraídos, conforme relatado pelos policiais militares inquiridos.

Aliás, atualmente o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que a infração patrimonial se consuma quando o agente se apodera do produto da subtração, sendo irrelevante que ele detenha sobre a coisa posse desvigiada e pacífica.

Nesse sentido o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.524.450-RJ e nº 1.499.050-RJ, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 14.10.2015, dispondo sobre os recursos repetitivos: **Tema 934:** “*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*” e **Tema 916:** “*Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível*

a posse mansa e pacífica ou desvigiada”.

Condenação justa, pois, que fica aqui mantida.

Quanto à dosimetria, observa-se que a pena-base foi fixada em um sexto acima do menor patamar legal para a espécie, ou seja, em dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias-multa, no piso mínimo, em face dos maus antecedentes do réu, que ostenta condenações definitivas por roubo (fls. 410/411), o que se mostrou adequado e não comporta alteração.

Na etapa seguinte do cálculo, a agravante da reincidência (fl. 412) foi corretamente compensada com a atenuante da confissão espontânea, de modo que as penas permaneceram inalteradas.

A despeito dos argumentos defensivos, é possível reconhecer antecedentes desabonadores e a reincidência do réu, pois consideradas condenações definitivas distintas para cada circunstância, o que afasta a alegação de *“bis in idem”*. Nesse sentido o entendimento que tem prevalecido no colendo Superior Tribunal de Justiça: *“É firme o entendimento desta Corte Superior de que, em se tratando de agente que ostenta mais de uma condenação definitiva anterior, não configura bis in idem nem ofensa à Súmula 241 do STJ a utilização de anotações criminais distintas na primeira e segunda etapa da dosimetria para reconhecer, respectivamente, os maus antecedentes e a agravante de reincidência. Precedentes.”* (HC nº 304.411/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 03.05.2018, DJe de 10.05.2018). Na mesma trilha: *“Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar*

os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos” (HC nº 430.716, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19.08.2018, DJe de 29.06.2018).

O regime prisional inicial semiaberto fixado para o apelante fica mantido, pois era o único possível diante da reincidência específica e dos maus antecedentes dele, o que ainda inviabilizou a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, como bem decidido na sentença.

Nesse ponto, também não há falar em “*bis in idem*” ou ofensa ao princípio da proporcionalidade pela consideração da reincidência para agravar as sanções e ainda para fundamentar a opção pelo regime prisional mais gravoso, pois são eles efeitos legais distintos que decorrem do reconhecimento dessa agravante.

Sobre a matéria, já decidiu o Pretório Excelso que “*a utilização da reincidência para aumentar a pena-base e, também, para impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso não configura bis in idem.*” (HC nº 120.994/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 29.04.2014, DJe de 16.05.2014).

No mesmo sentido o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça: “*A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Assim, inexistente bis in idem quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria da pena e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.*” (AgRg no AgRg no AREsp

nº 2.391.999/MG, 6ª Turma, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 12.12.2023, DJe de 15.12.2023), e: “A jurisprudência permite a fixação de regime mais gravoso com base na reincidência e em circunstâncias judiciais desfavoráveis, mesmo que a pena seja inferior a 4 anos. 4. Não há bis in idem na valoração da reincidência tanto na dosimetria da pena quanto na fixação do regime prisional.” (AgRg no AREsp nº 2.698.901/MG, 5ª Turma, relatora Ministra Daniela Teixeira, julgado em 26.2.2025, DJe de 5.3.2025).

Portanto, nada havendo que alterar na bem lançada decisão recorrida, o desprovimento do recurso se impõe.

3. Destarte, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
- Relator -