



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

Registro: 2025.0000413710

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004771-80.2011.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EDIVALDO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso Ministerial, para recrudescer o regime prisional do réu, que passa a ser o fechado, mantida, quanto ao mais, a sentença condenatória. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

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

Apelação Criminal n. 0004771-80.2011.8.26.0084

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Edivaldo da Silva

Origem: 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas

MMª. Juíza de Direito: Viviani Dourado Berton Chaves

Voto n. 12.998

APELAÇÃO MINISTERIAL. FURTO QUALIFICADO PELA FRAUDE. (1) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (2) PALAVRA DA VÍTIMA VÁLIDA E COESA COM AS PROVAS DOS AUTOS. (3) QUALIFICADORA DA FRAUDE BEM DELINEADA. (4) CRIME DE FURTO CONSUMADO. (5) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (6) DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS. (7) REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. (8) MAUS ANTECEDENTES X CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. "BIS IN IDEM". INOCORRÊNCIA. PROCESSOS-CRIME DISTINTOS. (9) REGIME SEMIABERTO REVISTO PARA FIXAR O FECHADO. RÉU QUE OSTENTA MÁCULA DE MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS E É REINCIDENTE ESPECÍFICO. (10) PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

1. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de furto qualificado consumado, sobretudo pelas palavras da vítima e da testemunha arrolada pela acusação, ambas em Juízo.

2. A defesa e a acusação não se insurgiram contra a condenação do réu pela prática do crime de furto qualificado e consumado, permanecendo hígidos os fundamentos, de fato e de direito, que levaram o Juízo de Origem a concluir pela condenação do réu. Precedentes do STJ (STJ – AgRg no HC 808.145/PB – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 19/08/2024 – DJe de 23/08/2024; AgRg no HC 842.971/SC – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 15/04/2024 – DJe de 18/04/2024 e AgRg no HC 839.845/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 15/08/2023 – DJe de 22/08/2023).

3. 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".

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

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).

4. A palavra da vítima assume fundamental importância, eis 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).

5. Fraude. No duro, a qualificadora prevista no art. 155, §4º, II, do Código Penal (fraude), consiste na utilização de artifício, de estratagemas ou ardis para vencer a vigilância da vítima, vale dizer, trata-se de manobra enganosa para ludibriar a confiança existente em uma relação interpessoal, destinada a induzir ou a manter alguém em erro, com a finalidade de atingir o objetivo criminoso. Assim, caracteriza o meio fraudulento qualquer artimanha utilizada para provocar a desatenção ou distração da vigilância, para facilitar a subtração da coisa alheia. De mais a mais, embora a fraude seja característica inerente ao crime de estelionato, aquela que qualifica o furto não se confunde com a deste, porquanto a fraude burla a vigilância da vítima, que, assim, não percebe que a "res" lhe está sendo subtraída, enquanto no estelionato, ao contrário, a fraude induz a vítima a erro. Inteligência da Doutrina de Cezar Roberto Bitencourt. No caso concreto, o réu, com o intuito de afastar a vítima e facilitar a subtração do bem do móvel, fingiu interesse em comprar o veículo da vítima. O réu conduziu a vítima até o apartamento da sua irmã e pediu que ela o aguardasse no local, sob o pretexto de que iria buscar as chaves do imóvel com um vizinho. Aproveitando-se do momento em que ficou sozinho e fora do campo de visão da vítima, subtraiu o veículo e evadiu-se do local sem ser impedido, mantendo-a em erro, tal como comprovado pelos depoimentos judicial e extrajudicial do ofendido e da testemunha arrolada pela acusação.

6. Crime consumado. O crime de furto consuma-se independentemente de ter havido recuperação da "res furtiva" por parte da vítima ou, mesmo, do estabelecimento comercial

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

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 221.623-AgR/SP - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. 01/03/2023 - DJe 05/05/2023; 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. CÂRMEN LÚCIA - Primeira Turma - j. 04/08/2009 - DJe 04/09/2009) e do 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; AgRg no AREsp n. 2.583.131/SC - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma - j. 18/6/2024 - DJe de 25/6/2024; AgRg no HC n. 780.259/SP - Rel. Min. Messod Azulay Neto - Quinta Turma - j. 11/12/2023 - DJe 14/12/2023; 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; HC 587.756/DF - Rel. Min. Nefi Cordeiro - Sexta Turma - j. 18/08/2020 - DJe 27/08/2020; HC 499.653/SP - Rel. Min. Felix Fischer - Quinta Turma - j. em 21/05/2019 - DJe de 21/05/2019 e REsp 1.716.938/RJ - Rel. Min. Jorge Mussi - Quinta Turma - j. em 19/04/2018 - DJe de 27/04/2018). 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 desvigiada" (REsp 1.524.450/RJ - Rel. Min. Nefi Cordeiro - j. 14.10.2015).

7. Dosimetria. Pena-base foi fixada acima do mínimo legal, mercê da existência de circunstância judicial aferida pelos maus antecedentes criminais. As condenações definitivas por processos criminais anteriores, com trânsito em julgado posterior à data da prática dos fatos ora analisados, embora não possam gerar reincidência, são aptas a caracterizar maus antecedentes. Inteligência da doutrina de Guilherme de Souza Nucci, A. Silva Franco e J. Belloque. Precedentes do do STF (ARE 1.289.175 AgR/PR - Rel. Min. EDSON FACHIN - Segunda Turma - j. em 21/09/2021 - DJe de 07/02/2022; RHC 194.878/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. em 29/03/2021 - DJe de 01/06/2021; HC 82.202/RJ - Rel. Min.

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

MAURÍCIO CORRÊA – 2ª Turma – j. em 29/10/02) e do STJ (AgRg no HC 787.554/PE – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023; AgRg no HC 768.871/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022; AgRg no AREsp 35.077/SP – Rel. Min. Marco Aurélio Belizze – 5ª Turma – j. em 02/04/2013).

8. 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).

9. 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 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).

10. Regime prisional estabelecido no semiaberto pelo Juízo "a quo", mas revisto para o fechado, mercê dos maus antecedentes e da reincidência do réu. 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).

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

11. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, II, III e §3º, do Código Penal.
12. Provimento do recurso Ministerial.

VOTO

Edivaldo da Silva foi denunciado como incurso nas penas do art. 155, "caput", do Código Penal (fls. 88/89).

A denúncia foi recebida em 30 de janeiro de 2017 (fls. 106).

Em 27 de abril de 2018, tendo em vista que o réu não foi citado pessoalmente e não constituiu defensor, o Juízo de Origem decretou a suspensão do processo e do fluxo do prazo prescricional (fls. 152). Em 28 de abril de 2023, o réu foi citado pessoalmente (fls. 267), o que levantou a suspensão do processo a partir de 14 de julho de 2023 (fls. 268).

A denúncia foi aditada para que o réu passasse a responder como incurso no art. 155, §4º, II, do Código Penal (fls. 395/399).

Recebida a denúncia e recebido o seu aditamento, sobreveio audiência de instrução, debates e julgamento, oportunidade em que o **réu Edvaldo da Silva** se viu condenado, nos termos do aditamento, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, regime semiaberto e 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal (fls. 406/408).

Recorreu o **Ministério Público do Estado de São Paulo**,
conformado com o mérito condenatório, requerendo tão somente a fixação de regime prisional fechado (fls. 413/420).

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

A **defesa do réu** ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento da apelação interposta pelo "Parquet" e pela manutenção da sentença nos termos em que proferida (fls. 429/432).

Chamada à fala, a **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo provimento do recurso Ministerial (fls. 450/453).

É o relatório.

Dou provimento ao apelo Ministerial.

O réu **Edivaldo da Silva** foi denunciado como incurso nas penas do art. 155, "caput", do Código Penal, nos seguintes termos:

"[...]"

Consta dos autos do incluso inquérito policial que no dia 5 de novembro de 2010, por volta das 8h30, na Rua Gleide Knauer Penedo, Conjunto Bandeirantes, Jardim Pacaembu, neste município e comarca de Campinas, **EDIVALDO DA SILVA** (qualificado a fl. 26), subtraiu, para si ou outrem, o veículo Fiat/Elba, cinza, placas BOX/3255-São Paulo, estimado em R\$ 10.000,00, bem como ferramentas e equipamentos de pedreiro que se encontram em seu interior, estimados em R\$ 8.000,00, pertencentes à vítima *Lourival Gomes Ferreira*.

Segundo se apurou, o investigado, simulando interesse em comprar dito veículo, convenceu a vítima a acompanhá-lo até um condomínio (fl. 10), onde residia uma irmã dele, e, pedindo para que *Lourival* aguardasse em frente ao apartamento dela, desceu novamente e subtraiu o veículo, levando-o embora dali juntamente com as ferramentas e equipamentos que se encontravam dentre dele.

A vítima reconheceu o investigado fotograficamente (fl. 25), sendo o veículo localizado cerca de dois meses depois (fl. 27/28).

Ante o exposto, denuncio **EDIVALDO DA SILVA** como incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal. Requeiro que, recebida e autuada esta, seja ele citado para apresentar defesa escrita, ser interrogado e acompanhar os demais atos processuais, ouvindo-se oportunamente as pessoas do rol abaixo e prosseguindo, até sua final condenação, nos termos dos artigos 394 e ss do Código de Processo Penal.

"[...]" (fls. 88/89).

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

Já no aditamento da denúncia constou:

"[...]

Observo que, embora tal conduta tenha sido capitulada como furto simples (art. 155, *caput*, do CP), a descrição dos fatos na inicial acusatória remete ao furto qualificado mediante fraude (art. 155, §4º, II, do CP).

O fato criminoso foi assim narrado:

'Segundo se apurou, o investigado, simulando interesse em comprar dito veículo, convenceu a vítima a acompanhá-lo até um condomínio (fl. 10), onde residia a irmã dele, e, pedindo para que Lourival aguardasse em frente ao apartamento dela, desceu novamente e subtraiu o veículo, levando-o embora dali juntamente com as ferramentas e equipamentos que se encontravam dentro dele.' (fls. 88).

De acordo com Cleber Masson, *'fraude é o artifício ou ardil, isto é, o meio enganoso utilizado pelo agente para diminuir a vigilância da vítima ou de terceiro (exemplo: segurança de um supermercado) sobre um bem móvel, permitindo ou facilitando sua subtração.'*

(Direito Penal: parte especial. arts. 121 a 212. 11.ª ed. rev.atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2018. p. 384).

No caso aqui tratado, o acusado, para enganar a vítima e afastá-la do veículo, a fim de facilitar a sua subtração, simulou falso interesse na aquisição do carro, levou-a até o apartamento da irmã dele e deixou-a esperando ali, fingindo que iria pegar as chaves do apartamento com um vizinho. Assim, estando sozinho e longe dos olhos da vítima, pode subtrair o veículo e deixar o local com tranquilidade. Assim, diante da inequívoca presença da qualificadora da fraude, considerando que tal circunstância foi devidamente relatada na denúncia e tendo em mente que o acusado se defende dos fatos deduzidos na inicial acusatória e não da classificação do crime nela indicada, requeiro seja a presente ação penal julgada procedente para condenar o acusado como incurso no art. 155, §4º, II, do CP, aplicando-se a *emendatio libelli* (art. 383, do CPP).

[...]" (fls. 398).

Pois bem.

Tendo em vista que tanto a defesa como a acusação não se insurgiram contra a condenação do réu pela prática do crime de furto qualificado pela fraude (art. 155, §4º, II, do Código Penal), permanecem hígidos os fundamentos, de fato e de direito, que levaram o Juízo de Origem a concluir pela condenação do réu **Edivaldo da Silva**. Isso porque, nada obstante o amplo efeito devolutivo do recurso de apelação (cognição vertical), o Tribunal de Justiça não está obrigado a se manifestar sobre toda e qualquer

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

matéria vertida na sentença condenatória (plano horizontal), em respeito ao postulado do "*tantum devolutum quantum appellatum*". Por todos, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal." (HC n. 225.960/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 5/6/2014, DJe de 12/6/2014).

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 808.145/PB – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 19/08/2024 – DJe de 23/08/2024);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 21 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAS. CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR DIFERENCIADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE A DEMANDAR REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. QUANTUM DE AUMENTO APLICADO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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 - A despeito do amplo efeito devolutivo do recurso de apelação, a Corte de segunda instância não está obrigada a se manifestar sobre toda e qualquer matéria vertida na sentença condenatória. Em verdade, o Tribunal de apelação está compelido pela sistemática recursal a se pronunciar sobre as matérias deduzidas nas razões ou nas contrarrazões do apelo. Portanto, a Corte de apelação não está obrigada a se pronunciar sobre matéria não suscitada nas razões de apelação; mas, apenas, levantadas por ocasião da oposição de embargos de declaração. Precedentes.

[...]

Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 842.971/SC – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 15/04/2024 – DJe de 18/04/2024);

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. BUSCA DOMICILIAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL LOCAL. ANÁLISE DA QUESTÃO, DE FORMA ORIGINÁRIA, POR ESTA CORTE, QUE IMPLICARIA INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO QUE ENCONTRA LIMITE NO POSTULADO DO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. AÇÃO MANDAMENTAL CABÍVEL. MATÉRIA DE DIREITO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO QUE DEVE SER SANADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EX OFFICIO PARA DETERMINAR A REAPRECIÇÃO DO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL DO WRIT ORIGINÁRIO, AFASTADO O ENTENDIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA CORTE DE ORIGEM E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. A tese de ilegalidade no ingresso domiciliar não foi objeto de prévio debate no âmbito da Corte de origem e, conforme se extrai do voto condutor do acórdão lá proferido, nem sequer foi impugnada nas razões de apelação. Não havendo prévia manifestação do Tribunal local, afigura-se incabível a análise da matéria de forma originária, por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Até mesmo matéria de ordem pública pressupõe seu prévio exame, na origem, para que possa ser analisada por esta Corte. Precedentes.

3. Embora o recurso de apelação seja dotado de efeito devolutivo amplo no que concerne à profundidade (cognição vertical), no plano horizontal, o órgão julgador, em regra, fica adstrito às matérias expressamente impugnadas no apelo, em respeito ao postulado do tantum devolutum quantum appellatum. A "apelação não impõe, ao Tribunal, a revisão de todo o processo-crime - premissa que não se altera mesmo diante da possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício. Essa iniciativa - exclusiva do Magistrado, e que visa a sanar ilegalidades em causas nas quais foi inaugurada a sua competência -, não se presta à obtenção de pronunciamento judicial sobre questões que nem passaram pelo juízo de admissibilidade. Doutrina". (AgRg no HC n. 697.357/ES, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022).

[...]

5. Agravo regimental desprovido. Concedido habeas corpus ex officio para determinar que o Tribunal local reaprecie o HC n.º 2139487-48.2023.8.26.0000, julgando o mérito como entender de direito."

(STJ – AgRg no HC 839.845/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 15/08/2023 – DJe de 22/08/2023).

Então.

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

A materialidade criminosa furtadora está consubstanciada no boletim de ocorrência (fls. 02/03), no auto de reconhecimento fotográfico (fls. 24) e na prova oral colhida sob o crivo do contraditório (fls. 355/356 - mídias audiovisuais).

A autoria, outrossim, é indubitosa e deve ser imputada ao réu **Edivaldo da Silva**. Nesse sentido, para evitar a tautologia, trago as razões de decidir da sentença, que bem analisou a materialidade e a autoria criminosa e que passa a fazer parte integrante deste Voto:

"[...]"

É o relatório. **DECIDO**.

A ação penal é procedente.

A materialidade está demonstrada pelos autos de exibição e apreensão, e boletim de ocorrência.

A autoria também é certa.

A vítima, na delegacia de polícia, relatou que na manhã dos fatos fora procurado pelo réu, que disse ter interesse na compra de seu veículo, afirmando que parte do dinheiro estaria no condomínio onde residia, e para lá se dirigiram. Afirmou que no apartamento ninguém atendeu a campainha, então o réu lhe disse que aguardasse ali pois a chave estaria no vizinho, e como ele demorou cerca de 20 minutos para voltar, a vítima desceu até o local em que estava estacionado o veículo, não mais o encontrando ali.

Em juízo, a testemunha Manoel disse que era porteiro do condomínio Bandeirantes, onde reside a irmã do réu, que chegou dirigindo um veículo Elba, acompanhado da vítima, e minutos depois de ter entrado o réu saiu sozinho com o veículo.

Edna, irmã do réu, disse em juízo que morava no Conjunto Bandeirantes, que seu irmão não morava consigo, mas era conhecido no local, sabendo do ocorrido na delegacia, posteriormente.

Verifica-se, nesse contexto, que a descrição dos fatos tal qual constante na denúncia, indicando o meio fraudulento utilizado pelo réu para a subtração, fora confirmada em juízo, observa-se, neste passo, que o réu e defende dos fatos, e não de sua capitulação, de modo que a condenação se dá pelo furto qualificado, conforme comprovado pela prova.

A condenação, dessa forma, é medida que se impõe, afastando-se, por todo exposto, a tese de insuficiência de provas.[...]"(fls. 406/407).

Digo eu.

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

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente à sentença, visando a 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, a evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

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**

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

recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem.
Validade. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."
(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

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

[...]

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

[...]

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

"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.

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

VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

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

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

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

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

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

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

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

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

Continuo.

Assim, muito bem se comprovou nos autos que o réu **Edivaldo da Silva** praticou o crime de furto qualificado contra a vítima **Lourival Gomes Ferreira**. Segundo as provas dos autos, o réu, com a pretensão de comprar o veículo da vítima, utilizou-se de artifícios para ludibriá-la e afastá-la do bem móvel, com o objetivo de facilitar a sua subtração. Ele fingiu interesse em comprar o veículo, conduziu a vítima até o apartamento da sua irmã e pediu que ela o aguardasse no local, sob o pretexto de buscar as chaves do imóvel com um vizinho. Dessa forma, ao ficar sozinho e fora do alcance da vítima, o réu conseguiu furtar o veículo, deixando o local sem ser notado e levando consigo tanto o veículo quanto as ferramentas e equipamentos que estavam no seu interior.

Note-se que o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, mormente porque os depoimentos da vítima, **Lourival Gomes**, bem como o da testemunha arrolada pela acusação, **Manoel Carlos**, ambos colhidos em Juízo, mostraram-se alinhados e coerentes entre si, assim como as demais provas existentes nos autos (fls. 355/356 - 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. Aliás, em confronto com as palavras do réu, sobressai a palavra da vítima, aqui a do proprietário do veículo automotor, porquanto busca a elucidação dos fatos e não a imputação de 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**

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

VÍTIMA. RELEVÂNCIA.

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

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

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORA COMPROVADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO 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. Jesuíno 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

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

questão do concurso o aresto combatido frisou que o "ofendido 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).

Conveniente ressaltar, por sinal, que não há nos autos qualquer prova que desqualifique a versão da vítima e da referida testemunha ou que torne suspeitos os seus depoimentos, mesmo porque não se revelou terem elas qualquer interesse na injusta incriminação do réu ou mesmo em lhe atribuir crime de grave repercussão social como o destes autos.

Logo, a condenação pelo crime de furto qualificado foi bem decretada, tendo em vista que se comprovou que o réu subtraiu para si, mediante fraude, o veículo "Fiat/Elba", cor cinza, placas BOX-3255, bem móvel pertencente à vítima Lourival Gomes Ferreira.

A qualificadora da fraude está bem amparada, tendo em vista que o réu, com o intuito de afastar a vítima e facilitar a subtração do bem móvel, fingiu interesse em comprar o veículo dela, "Fiat/Elba", cor cinza, placas BOX-3255. O réu conduziu a vítima até o apartamento da sua irmã e pediu que ela o aguardasse no local, sob o pretexto de que iria buscar as chaves do imóvel com um vizinho. Aproveitando-se do momento em que ficou sozinho e fora do campo de visão da vítima, subtraiu o referido veículo e evadiu-se do local sem ser impedido, tal como comprovado pelos depoimentos judicial e extrajudicial do ofendido e da testemunha arrolada pela acusação, respectivamente, Lourival Gomes e Manoel Carlos. Aliás, segundo a doutrina de **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**:

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

"Fraude é a utilização de artifício, de estratagemas ou ardil para vencer a vigilância da vítima; em outros termos, trata-se de manobra enganosa para ludibriar a confiança existente em uma relação interpessoal, destinada a induzir ou a manter alguém em erro, com a finalidade de atingir o objetivo criminoso. Na verdade, a fraude não deixa de ser uma forma especial de abuso de confiança, ou, na feliz expressão de Guilherme Nucci, 'é uma relação de confiança instantânea, formada a partir de um ardil'.

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

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

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

Por fim, crime de furto qualificado e consumado, 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. 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**

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

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

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

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

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 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

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

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. CÂRMEN 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 desviada".

Confira-se, a principiar pelo Recurso Especial repetitivo:

"RECURSO ESPECIAL N. 1.524.450 - RJ (2015/0073105-7)
RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO: MAKLEY DA SILVA GONCALVES
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATÓRIO

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

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, 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.

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

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

É o relatório.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cinge-se a controvérsia ao momento consumativo do delito de furto, essencialmente sobre a necessidade de que a res furtiva saia da esfera de vigilância da vítima, tendo o agente a sua posse mansa e pacífica, ou a mera inversão da posse para que se considere consumado o crime de furto (e consequentemente o de roubo).

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

Confira-se a ementa do julgado:

Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. - Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a

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

violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbacão (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

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

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

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

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

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

Nos países cujos Códigos Penais usam para caracterizar o furto e o roubo, de expressões como "subtrair" ou "tomar" - assim, na Alemanha e na Espanha - predomina, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da teoria da apprehensio (ou amotio), em que é necessário apenas que a coisa passe, por algum espaço de tempo, para o poder do ladrão, ainda que não seja transpostada para outro lugar, nem usada por ele. Na Alemanha - em que a ação que caracteriza o furto e o roubo é a Wegnahme (subtração, tomada) -, é francamente dominante a teoria da apprehensio (ou da amotio) sustentada, entre outros, por MEZGER (Strafrecht, II - Besonderer Teil, 6ª ed. §45, 2, pág. 124, Munchen und Berlin, 1958), WELZEL (Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., § 48, 2, pág. 349, Berlin, 1969), SCHOENKE-SCHROEDER (Atrafgesetzbuch, 11ª ed. § 242, IV, pags. 975/977, Munchen und Berlin, 1963), PETTERS-PREISENDANS (Strafgesetzbuch, 27ª ed., §242, 4, págs. 427/428, Berlin, 1971). Todos eles salientam que, para consumir-se o furto (e também o roubo) basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo ("Vollendet ist der Diebstahl, wenn es dem Tater gelungen ist, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen Gewahrsam zu begründen", acentuam PETTERS-PREISENDANZ, ob. cit., §242, 4, pág. 427). E se o ladrão já se encontra em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele

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

obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si. [...] O problema, portanto, é saber quando é que ocorre o início da posse do ladrão pela apreensão, e, consequentemente, a extinção da posse pela vítima.

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

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

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 turbação (ameaça) à posse do ladrão. Com base em que, senão no arbítrio, se poderá pretender, no Brasil, que alguém quando subtrai coisa alheia por ato violento ou clandestino, cessada a violência ou a clandestinidade, ainda não é possuidor, mas meramente detentor enquanto não sair da esfera de possibilidade de vir a ser seguido, de imediato, pela vítima? O Código Civil é categórico no sentido de que há, nesses casos, posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade, tanto é assim que o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata. E o Código penal não caracteriza o furto como subtração de coisa alheia móvel com fuga feliz..., que a tanto vale dizer – sem apoio em qualquer penal, ou não – que não há subtração sem posse tranquila. Se o ladrão em fuga, embora perseguido – e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado –, pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa? Para sustentar o contrário, NELSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, vol. VII, 4ª. edição, n. 7, págs. 25 a 27, Forense, Rio de Janeiro, 1980), sem demonstrar que, em nosso direito, há um conceito especial de posse no direito penal (e não há), criou um sistema 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

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

perseguidor não a teria perdido...O mais curioso, porém, é que, depois de NELSON HUNGRIA dizer que para haver perda da posse pela vítima é preciso que o ladrão tenha a possibilidade de disposição livre e tranquila da coisa, considera, no entanto, consumado o furto "da criada que sub-repticiamente empolga uma joia da patroa e a esconde no seio ou mesmo nalgum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro", hipótese em que a criada não tem, obviamente, a possibilidade de disposição livre e tranquila, e hipótese em que, para o nosso sistema jurídico (a posse só surge quando cessa a clandestinidade), haveria, aí, sim, mera detenção. E com o reconhecimento de consumação do furto nesses casos, acaba o requisito de que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, requisito esse que é o complemento indispensável da posse sossegada como meio de apreensão capaz de determinar a perda da posse do lesado (grifei).

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

Por oportuno, confirmam-se recentes precedentes desta Corte:

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

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

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

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

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 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 desvigiada.

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.

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

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.** PENABASE 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 "consoma-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".

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

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

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

Penal - CPP não conduz à modificação do regime prisional.

5. Agravo regimental desprovido."

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

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

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

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

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

4. Agravo regimental não provido."

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

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

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

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

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

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

Agravo regimental desprovido.

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

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

[...]

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

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

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

7. Agravo regimental desprovido."

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

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

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

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 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, reitera-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.

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

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 MANSA E PACÍFICA OU DESVIGIADA.** PRESCINDIBILIDADE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE MOLDURA FÁTICA EXPRESSAMENTE DELINEADA NO ACÓRDÃO. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

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

[...]

5. Agravo regimental não provido."

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

"HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INAPLICABILIDADE. RÉU MULTIRREINCENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. **TENTATIVA. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA.** EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

[...]

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

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

[...]

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

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

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

[...]

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

[...]

Habeas corpus não conhecido."

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

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

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

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

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

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

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).

Prossigo.

Assim sendo, cumpre ratificar a análise do acervo probatório empreendida na sentença, em que foram reconhecidas a materialidade e a autoria do crime pelo qual o réu foi condenado, curial tendo ele agido com o dolo adequado à espécie, de acordo com tudo o que já se analisou. A sentença condenatória mostrou-se correta, tanto que a defesa e a acusação contra ela não se insurgiram.

Certa a condenação do réu, passo à pena e ao regime prisional, este último motivo do inconformismo do "Parquet".

No que concerne à pena-base, a Magistrada de Origem reconheceu a presença dos maus antecedentes criminais, aferidos por uma condenação com trânsito em julgado da sentença (fls. 187/202 - processo-crime n. 0022608-63.2008.8.26.0114, cujo trânsito ocorreu em 05/12/2014), exasperando a basilar para 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, diária mínima.

Aqui, mesmo que o trânsito em julgado do referido processo-crime n. 0022608-63.2008.8.26.0114 tenha ocorrido em 05 de dezembro de 2014, data posterior a do crime de furto qualificado aqui analisado, 05 de novembro de 2010, ainda assim pode ser valorado como mau antecedente penal, porque se refere a fato anterior (13/03/2008).

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

Sobre a questão, existem duas principais correntes doutrinárias a propósito da conceituação de mau antecedente. A primeira leva em conta toda e qualquer anotação na folha de antecedentes do réu (inclusive inquéritos policiais, ações penais em andamento, processos em que o acusado foi absolvido e processos em que ele teve a punibilidade alcançada pela prescrição). A segunda corrente considera, para o fim de reconhecer maus antecedentes, apenas as condenações transitadas em julgado não caracterizadoras de reincidência (conforme **GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado**, 8ª edição, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 388-390).

E conforme destacam **A. SILVA FRANCO** e **J. BELLOQUE**:

"[...] constituiriam 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).

Esse entendimento já foi, por vezes, consagrado nos Tribunais Superiores. A propósito, cita-se, na CORTE SUPREMA:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FATOS ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. LEI 13.964/2019. INCLUSÃO DO §5º DO ART. 171: AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, DA CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte já decidiu que, para fins de maus antecedentes, é possível a consideração de condenação anterior ao fato quando o seu trânsito em julgado tenha ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência. Precedentes.

[...]

8. Agravo regimental desprovido."

(STF – ARE 1.289.175 AgR/PR – Rel. Min. EDSON FACHIN –

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

Segunda Turma – j. em 21/09/2021 – DJe de 07/02/2022);

"RECURSO ORDINÁRIO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO PENAL EM EXAME. POSSIBILIDADE.

1. É viável, para fins de maus antecedentes, a consideração de condenação por fato anterior quando o seu trânsito em julgado tiver ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência. Doutrina. Precedentes.

2. Recurso Ordinário a que se nega provimento."

(STF – RHC 194.878/SP – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO**, Relator p/ **Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 29/03/2021 – DJe de 01/06/2021);

"[...] 3. Sentença condenatória com trânsito em julgado posterior ao fato delituoso de que o paciente é acusado neste writ, que, embora não possa ser considerada para o efeito de reincidência, configura maus antecedentes. [...] Ordem denegada."

(STF – HC 82.202/RJ – **Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA** – 2ª Turma – j. em 29/10/2002).

E no Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DECISÃO MONOCRÁTICA A DIMINUIR A PENA-BASE. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DOSIMETRIA. BASILAR. MAUS ANTECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO DESPROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - In casu, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos concretos para manter a exasperação da basilar que estão em sintonia com o entendimento deste Sodalício, no sentido de que "a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base" (AgRg no HC n. 607.497/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 30/09/2020).

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 787.554/PE – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADO EM RAZÃO DA PROFISSÃO. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE CIRCUNSTÂNCIAS

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

JUDICIAIS DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FRAÇÃO DE AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DECOTE DA AGRAVANTE PREVISTA NA ALÍNEA H DO INCISO II DO ART. 61 DO CP. INVIABILIDADE. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO §1º DO ART. 168 DO CP. PACIENTE QUE PRATICOU O DELITO ENQUANTO ADVOGADO DA VÍTIMA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. DELITO COMETIDO AO MENOS 36 VEZES. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 2/3 QUE ESTÁ DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRECEDENTES. MONTANTE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

- Em relação aos maus antecedentes, em virtude dos (Processos n. 3001576-45.2013.8.26.0123 e 3001780-89.2013.8.26.0123 - 2ª Vara de Capão Bonito/SP - fls. 100/101), visto que "é possível reconhecer como mau antecedente a decisão penal condenatória, relativa a fato anterior ao crime em apreço, ainda que o trânsito em julgado tenha sido posterior (e-STJ, fl. 277). Com efeito, também não há ilegalidade a ser sanada no desvalor conferido a essa vetorial, pois nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base (AgRg no HC n. 607.497/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 30/9/2020). Precedentes.

[...]

- Agravo regimental não provido."
(STJ – AgRg no HC 768.871/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal sob debate, ainda que com trânsito em julgado posterior, justificam o aumento da pena-base pela valoração de maus antecedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no AREsp 35.077/SP - Rel. Min. Marco Aurélio Belizze - 5ª Turma – j. em 02/04/13).

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

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

Na segunda fase, inexistentes circunstâncias atenuantes, o Juízo "a quo" reconheceu em desfavor do réu a agravante da reincidência, aliás, birreincidência, porquanto possui duas condenações com trânsito em julgado, uma delas por crime idêntico ao dos autos, capaz de caracterizar a reincidência específica (fls. 161/177 e 187/195 - processos-crime nºs. 0008763-74.1999.8.26.0050 e 0118229-63.2003.8.26.0114, cujas penas foram extintas pelo integral cumprimento em 31/03/2014).

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 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

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

destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

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

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

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

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

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

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

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

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

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

– artigo 65 do Código Penal.

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

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

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

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

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

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

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 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

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

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 criminosas? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

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

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

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

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 daquele que serviu 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:

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

"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 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.

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

(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.

[...]

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. CÂRMEN 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

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

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).

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,

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

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:

"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).

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

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."

(**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,

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

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 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).

Assim, a pena foi agravada para **04 (quatro) anos de reclusão, além de 20 (vinte) dias-multa, no piso**, o que, ante a inexistência de causas de aumento ou diminuição da pena, tornou-a definitiva.

O regime prisional para o cumprimento da pena foi estabelecido no semiaberto, contudo, deve ser revisto para o **fechado**, na esteira do pleito Ministerial, porquanto o réu ostenta maus antecedentes

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

criminais e é birreincidente, inclusive uma delas por igual crime, a amparar a reincidência específica, situação que enseja a imposição do regime prisional mais severo, 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 gravoso para o réu que ostente 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 –

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

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 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.

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

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, 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. ÔBICE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

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

[...]

Agravo regimental desprovido."

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

Pela mesma razão acima elencada e por vedação legal, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de



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

direitos, mercê da vedação constante no art. 44, II, III e §3º, do Código Penal.

Com essas considerações, **dou provimento ao recurso Ministerial**, para recrudescer o regime prisional do réu, que passa a ser o fechado, mantida, quanto ao mais, a sentença condenatória.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator