

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.809 - SP  
(2018/0216286-0)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : RODRIGO LEAL ALVAREZ**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR**  
**PÚBLICO - SP227133**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**RODRIGO LEAL ALVAREZ** agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0004677-35.2012.8.26.0590.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado à pena de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime aberto, mais 12 dias-multa, substituída por prestação de serviços à comunidade, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, II, e 168, *caput*, do CP.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação e rejeitou os embargos de declaração, ambos da defensoria.

Nas razões do recurso especial, alega a defesa que o acórdão recorrido violou o art. 384 do CPP, ao argumento de que "a conduta imputada ao recorrente na denúncia não foi a mesma pela qual foi ele condenado, em ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e sentença" (fl. 275).

Sustenta que, apesar de a denúncia só mencionar um crime de furto, o réu foi condenado pela prática de dois delitos desse tipo e lhe foi aplicada fração de aumento de 1/5 em decorrência da configuração do crime continuado, o que representa fração desproporcional ao número de condutas em continuação.

Aduz contrariedade ao art. 155, § 4º, II, do CP, uma vez que a mera relação empregatícia entre o réu e a vítima não é suficiente para caracterizar a qualificadora relativa ao abuso de confiança.

**Requer seja afastada a forma qualificada do delito e reduzido "o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva para o**

**patamar de 1/6" (fl. 280).**

Não admitido o recurso especial na origem e interposto o recurso de agravo, o Ministério Público Federal opinou pelo seu não conhecimento.

**Decido.**

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada.

A sentença foi proferida nestes termos:

**A qualificadora prevista no artigo 155, § 4º, inciso II do Código Penal restou comprovada pela prova oral colhida em juízo. A vítima relatou que deixou o réu a ajudar a retirar as malas do carro, tendo ele se aproveitado dessa confiança e subtraído o celular da vítima de dentro do veículo.**

**Em relação à lavadora Vap, o réu adentrou o depósito da Padaria enquanto a vítima estava viajando, subtraindo o objeto para fazer limpeza em seu quintal e não o devolveu. Ademais, ele era funcionário da Padaria e os funcionários permitiram que ele entrasse no local.**

**[...]**

**Os dois delitos de furto qualificado e o delito de apropriação indébita foram cometidos contra a mesma vítima, nas mesmas circunstâncias de tempo e modo de execução, na forma do artigo 71 do Código Penal. Assim, elevo apenas do furto qualificado (delito mais grave) em 1/5 resultando na pena de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais 12 dias-multa.**

**(fls. 197-199, grifei)**

O acórdão recorrido asseriu o seguinte:

**O apelante foi condenado porque, nas condições descritas na denúncia, agindo em continuidade delitiva e com abuso de confiança, subtrai, para si, um aparelho de telefonia celular e uma lavadora VAP de alta pressão, bens de propriedade da vítima C. R. M. L e porque, nas mesmas condições, também em continuidade, se apropriou de um televisor 42 polegadas, pertencente à**

**mesma vítima.**

[...]

A autoria é extraída das **declarações da vítima** (fls. 06/07 e 145 – mídia digital) afirmando que **trabalhava como gerente em uma padaria na qual o réu era cliente assíduo. Com o tempo ele se ofereceu para ajudar na padaria, razão pela qual começou a realizar serviços. A relação de amizade e depois de emprego trouxe confiança, motivo pelo qual pediu ao réu para retirar um aparelho de TV comprado pelo seu tio.**

**O objeto deveria ser entregue em sua casa, mas o acusado dele se apropriou, deixando de entregá-lo.**

**Continuou esclarecendo que em outra data retornou de viagem e o acusado se ofereceu para ajudá-la a retirar as malas. Como era pessoa de confiança permitiu, oportunidade na qual ele subtraiu seu aparelho de telefonia celular que estava sob o banco do automóvel.**

**A vítima narrou, ainda, que o réu, explorando a confiança e o fato de ser conhecido no local, ingressou na padaria e subtraiu uma lavadora VAP.**

As declarações da vítima foram confirmadas pela oitiva da testemunha Juliana, funcionária da padaria e namorada do réu.

Confirmou que o acusado se apropriou de um televisor de propriedade da vítima e em razão da confiança depositada nele subtraiu o aparelho celular e a lavadora (fls. 145 – mídia digital).

[...]

**O abuso de confiança restou comprovado.**

**A relação entre réu e vítima era mais do que um mero vínculo empregatício. O acusado era cliente da padaria, frequentando-a diariamente. Iniciou, assim, a aproximação com a vítima culminando com amizade e a contratação para ajudar no estabelecimento comercial, de modo que gozava da confiança da ofendida e se aproveitou desta circunstância para executar os furtos.**

[...]

As bases foram fixadas no mínimo legal e **majorada a pena de um dos furtos qualificados – por ser mais grave em relação à apropriação e idênticas com a do outro furto – em um quinto, fração adequada a número de crimes, pois dois deles justificaram a continuidade e o aumento básico (um sexto) e o outro**

**autoriza o aumento em maior extensão (um quinto).**  
(fls. 239-241, destaquei)

Como se observa, **antes mesmo de se estabelecer o vínculo empregatício, já havia relação de confiança entre a vítima e o réu no contexto de amizade entre comerciante e cliente, que motivou a contratação deste.**

Com efeito, **o agente aproveitou-se do acesso que a ofendida lhe deu à padaria onde trabalhava e ao interior do seu automóvel para efetuar as subtrações.**

**Não há dúvidas, portanto, da configuração do abuso de confiança.** Nesse sentido:

[...]

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o *modus operandi* da conduta praticada pelo réu impede o reconhecimento da insignificância. No ponto, observa-se que **o abuso da confiança decorrente da relação empregatícia**, segundo precedentes reiterados deste Superior Tribunal, é indicativo de maior periculosidade social da ação, a desaconselhar a aplicação da bagatela.

2. No caso dos autos, **o recorrente era responsável pela reposição das bebidas no bar da vítima, tendo acesso irrestrito ao estoque do estabelecimento comercial, o que, em última análise, corrobora a tese da existência de confiança nutrida por seu empregador.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.518.247/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 20/8/2015)

**No que tange ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não houve prévia análise do tema, o que atrai a incidência da Súmula n. 211 do STJ, em razão da falta de prequestionamento, a impedir o conhecimento do recurso.**

Consoante a jurisprudência desta Corte, se eventual omissão do acórdão não é sanada a despeito da oposição de embargos de declaração, deve a parte, no recurso especial, **apontar a ofensa ao art. 619 do CPP e demonstrar no que consiste o vício** apontado e de que maneira a

manifestação sobre a matéria afetaria o julgamento da controvérsia, **ônus do qual não se desincumbiu o recorrente.**

**Quanto à continuidade delitiva,** o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que **o número de infrações praticadas é relevante para arbitrar a respectiva razão de aumento.**

Nesse sentido:

[...]

16. "O aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações". (AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2012) 17. Recurso especial parcialmente provido.

**(REsp n. 1.519.662/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 1º/9/2015)**

[...]

1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

2. Na espécie, ficou incontroversa, pela moldura fática exposta, a prática de 141 delitos de peculato em continuidade delitiva, razão pela qual deve ser aplicado o aumento da pena no percentual máximo de 2/3, conforme a regra contida no art. 71, caput, do Código Penal.

3. Agravo regimental não provido.

**(AgRg no AREsp n. 398.516/RN, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 1º/8/2016)**

**Na espécie, reconhecida a prática de dois delitos de furto**

**em continuidade delitiva, deve ser aplicado o aumento da pena no percentual de 1/6, pela aplicação da regra contida no art. 71, *caput*, do Código Penal.**

Nesse ponto, ressalto que a apropriação indébita não pode ser levada em conta na fração decorrente do crime continuado, por se tratar de crime de espécie diversa do furto.

A rigor da técnica, a pena do crime de furto continuado deveria ser somada à de apropriação indébita em concurso material. No entanto, as instâncias antecedentes não calcularam a pena relativa a este crime e o acréscimo não poderia ser feito neste momento processual, sob pena de *reformatio in pejus*.

Feitas essas considerações, passo a refazer a dosimetria.

O Juiz sentenciante fixou, à falta de vetoriais desfavoráveis, a pena-base no mínimo legal: 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, que coincide com a reprimenda intermediária, haja vista a ausência de atenuantes e agravantes.

Na terceira etapa, passo a aplicar a razão de aumento no patamar de 1/6, relativa à continuidade delitiva, o que torna **definitiva a sanção em 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa.**

À vista do exposto, **conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento a fim de diminuir a pena para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator