AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1652271 - SP (2020/0016032-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : ALEXANDRE APARECIDO DO NASCIMENTO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
KARINA SANTOS SALVADOR - DEFENSORA PÚBLICA - SP290900
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44, § 3º, DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.
Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **Alexandre Aparecido do Nascimento** contra a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em juízo de admissibilidade, negou seguimento ao recurso especial por ele manifestado contra os acórdãos proferidos na Apelação Criminal n. 0003915-39.2016.8.26.0635 e nos Embargos de Declaração n. 0003915-39.2016.8.26.0635/50000, assim ementados (fls. 184 e 215):

> FURTO. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante confirmada em Juízo. Crime consumado. Condenação e pena mantidas. Apelo desprovido.
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Inocorrência de omissão ou contradição no v. Acórdão. Análise do caso por esta C. Câmara com a profundidade necessária. Embargos rejeitados

Nas razões do especial, apontou a Defensoria Pública ofensa ao art. 44, § 3º, do Código Penal, sustentando, em suma, a possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 230/234).

Apresentadas contrarrazões (fls. 240/243), o recurso foi inadmitido na origem, por ausência de prequestionamento e por incidência da Súmula 7/STJ (fls. 246/247).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA24998419 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 17:23:56
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 8492702d-ef8e-4749-b845-27e478c386f9

Contra essa decisão a Defensoria interpõe agravo (fls. 253/260). Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso, nos seguintes termos (fl. 289):

> PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. AGRAVO.
> PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE A MATÉRIA TER SIDO ABERTAMENTE DEBATIDA NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. SITUAÇÃO INOCORRENTE NO CASO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ.
> MANIFESTAÇÃO PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

Estes autos foram a mim distribuídos por prevenção do processo HC n. 519.063/SP (fl. 206).

É o relatório.

Deve o agravo ser conhecido, uma vez que reúne os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. Todavia, com razão o nobre parecerista: a irresignação não merece acolhida.

Direciona-se a pretensão recursal ao reconhecimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Consta dos autos que o agravante, denunciado pela suposta subtração de um aparelho celular, avaliado em R$ 500,00 (quinhentos reais), além de um cartão de acesso a edifício comercial, foi condenado às penas de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 dias-multa, como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal (fls. 126/130).

Irresignada, a defesa apelou, buscando a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, o reconhecimento da modalidade tentada e a fixação do regime aberto (fls. 140/145). O Tribunal local negou provimento ao recurso (fls. 183/186).

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração, ao argumento de omissão, no tocante à análise da negativa de vigência do art. 14, II, do Código Penal, ao deixar de reconhecer a tentativa e o regime aberto (fl. 210).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA24998419 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 17:23:56
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 8492702d-ef8e-4749-b845-27e478c386f9

O Colegiado rejeitou os embargos mediante os seguintes fundamentos (fls. 215/216 - grifo nosso):

> [...] 2) Os embargos não merecem acolhida.
>
> O v. Acórdão embargado não padece de vício algum. A Turma julgadora analisou o caso com a profundidade necessária.
>
> Como constou no voto condutor, a jurisprudência evoluiu no sentido de que basta a posse de fato da *res furtiva* para a consumação do furto, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (fls. 185).
>
> Por isso, se o agente estava com o celular da vítima dentro da mochila quando foi preso, já havia subtraído o bem, não importando que ainda estivesse na companhia da ofendida sem sua percepção sobre a autoria do furto.Dessa forma, os presentes embargos nada mais são do que mero inconformismo com a decisão desta C. Câmara.
>
> Logo, omissão ou contradição não houve, sendo inviável o acolhimento dos embargos, anotando-se, contudo, o prequestionamento da matéria, para fins de eventual interposição de recursos às instâncias superiores. [...]

De fato, verifica-se que a tese defensiva não teve o competente juízo de valor aferido no caso concreto pela Corte local, até mesmo porque não foi levantada na apelação, muito menos nos embargos de declaração, mas tão somente em sede do especial, sendo inevitável, com isso, o reconhecimento da ausência do indispensável prequestionamento, com incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

Seguindo o mesmo entendimento, o AgRg no REsp n. 1.763.089/PB, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 29/10/2019; AgRg no REsp n. 1.802.824/AL, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 22/10/2019; e AgRg no AREsp n. 1.371.623/SC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 30/4/2019.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, II, *a*, do RISTJ, c/c a Súmula 568/STJ, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA24998419 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 17:23:56
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 8492702d-ef8e-4749-b845-27e478c386f9