



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000005257

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501897-93.2024.8.26.0536, da Comarca de Santos, em que é apelante IZAIAS OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E MARCELO SEMER.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

LUÍS GERALDO LANFREDI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501897-93.2024.8.26.0536

Juízo de Origem: 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos

Apelante: Izaias Oliveira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal

Voto nº 3173

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. ACRÉSCIMO NA PRIMEIRA FASE. QUALIFICADORAS. MAUS ANTECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO TENTATIVA DELITIVA. REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO PENAL. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

Trata-se de apelação criminal interposta contra sentença condenatória que impôs ao réu as penas de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 14 (quatorze) dias-multa, pela prática de furto qualificado, nos termos do art. 155, §4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Insurge-se a defesa pleiteando a absolvição com base na ausência do dolo, mercê do erro de tipo, já que o acusado acreditava assenhorar-se de res derelicta. Como pedido subsidiário, pleiteia ajustes na dosimetria das penas, afastando-se a exasperação nas penas-base, aplicando-se a atenuante da confissão espontânea com compensação da agravante de reincidência, o reconhecimento da tentativa e da detração penal, bem como o regime aberto.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

Questões centrais para o processo são a análise do dolo do agente e a possibilidade da caracterização do erro

de tipo, diante da alegada situação de abandono do bem subtraído. Além disso, discute-se a adequação da dosimetria, especialmente a consideração de qualificadoras múltiplas, a aplicação da tentativa, a possibilidade da compensação da confissão espontânea e da reincidência e modificação do regime inicial fixado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A materialidade e a autoria delitiva encontram-se plenamente demonstradas nos autos. O bem subtraído foi encontrado em posse do réu, detido pela guarda municipal enquanto conduzia o portão subtraído em um carrinho de supermercado. O delito foi registrado em câmeras de monitoramento e a subsequente ação imediata dos agentes municipais ratificam que o objeto em questão não era res derelicta.

O contexto, por outro lado, enseja o reconhecimento da tentativa: a ação foi interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente, sem que o réu tivesse logrado exercer a posse tranquila da res furtiva.

No que se refere à dosimetria, observa-se que a exasperação das penas-base mostra-se adequada, tendo em vista os antecedentes criminais do réu e a existência de múltiplas qualificadoras.

Reconhece-se, por outro lado, a incidência da atenuante da confissão espontânea, uma vez que o acusado confirmou haver se apoderado do bem, embora encetando narrativa divergente. Tal confissão contribuiu para a elucidação do fato criminoso, sendo passível de valoração e compensação integral com a agravante da reincidência.

Em arremate, é de rigor a manutenção do regime intermediário, especialmente em face das condições subjetivas desfavoráveis do apelante.

E quanto ao pleito de detração, cabe consignar que a avaliação do tempo de prisão provisória deverá ser realizada pelo Juízo das Execuções Criminais, sendo imprópria a antecipação desse exame nesta fase processual.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Provimento parcial ao recurso para: (i) reconhecer a tentativa, com redução das penas em 1/3 (um terço), (ii) aplicar a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência,

e (iii) readequar a pena para o quantum de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 08 (oito) dias-multa, mantendo-se o regime inicial semiaberto.

Tese de julgamento: “Inexiste erro de tipo quando o bem furtado, ainda que pertencente a imóvel desativado, encontra-se sob monitoramento e conservação, afastando-se a presunção de abandono. Incide a tentativa delitiva na ausência de posse tranquila da res. Em caso de múltiplas qualificadoras, cabível afigura-se utilizar uma delas para qualificar o delito, enquanto a outra poderá ser valorada como circunstância judicial desfavorável. A compensação integral entre a confissão espontânea e a reincidência é devida, quando admitida aquela”.

Dispositivos relevantes citados: Código Penal: art. 14, inciso II; art. 61, inciso I; art. 65, inciso III, alínea "d"; art. 155, §4º, incisos I e IV. Lei de Execução Penal: art. 42.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 819.576/SP, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023. STJ, REsp n. 1.972.098/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe 20/6/2022. STJ, Tema 585, EREsp 1154752-RS. TJSP; Apelação Criminal 1500491-71.2023.8.26.0536; Relator (a): J. E. S. Bittencourt Rodrigues; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data de Julgamento: 31/07/2023. TJSP; Apelação Criminal 1500390-20.2020.8.26.0510; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data de Julgamento: 22/09/2022.

Trata-se de apelação criminal interposta por **Izaías Oliveira** contra a r. sentença que o condenou como incurso no artigo 155, §4º, incisos I e IV, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 14 (quatorze) dias-multa, no padrão unitário mínimo (fls. 258/263)

Ao réu foi indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Insurge-se a defesa contra a sentença (fls. 288/296).

Em razões recursais, prateando a absolvição do apelante, argumenta-se no sentido da ausência do elemento subjetivo do tipo. A propósito, salienta que, em acreditando tratar-se de coisa abandonada, incorreu o acusado em erro de tipo. Frisa que o imóvel de onde retirado o portão consiste em uma antiga escola desativada, atualmente ocupada por população em situação de rua. Ressalta que o acusado recolheu o portão que se encontrava em via pública, acreditando que se apoderava de *res derelicta*. Subsidiariamente, pleiteia reformas na dosimetria. De início, requer o afastamento do aumento engendrado na primeira fase da matemática penal, em face da valoração de uma das qualificadoras. Pretende, ainda, o reconhecimento da atenuante da confissão, bem como sua compensação integral com a agravante da reincidência. Em arremate, almeja o reconhecimento da tentativa delitiva e a aplicação do instituto da detração penal, com a consequente fixação do regime inicial aberto.

O recurso foi contrarrazoado (fls. 299/303).

Não houve oposição ao julgamento virtual (artigo 1º da Resolução TJSP nº 903/2023).

A d. Procuradoria de Justiça encartou parecer a fls. 314/319, opinando pelo improvimento do recurso defensivo.

Eis a síntese do quanto importa.

O apelante **Izaias Oliveira** foi denunciado por infração do artigo 155, §4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Assim está vazada a inicial acusatória (fls. 78/80):

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 12 de maio de 2024, por volta das 09hs10min, na Rua Sete de Setembro, nº 14, UMEP Acácio de Paula Leite Sampaio, Vila Nova, nesta Comarca, **LEANDRO BARBOSA DA SILVA**, qualificado as p. 07 E 22/23, e **IZAIAS OLIVEIRA**, qualificado as p. 06 e 18/19, subtraíram, para eles, mediante conjugação de esforços e um aderindo à vontade do outro, bem como mediante destruição de obstáculo, 01 (um) portão de ferro branco, medindo 2,20mx1,00m, pertencente ao Município de Santos.

Apurou-se que **LEANDRO** e **IZAIAS**, aproveitando-se da facilidade de a unidade escolar sediada no local dos fatos estar desativada, ingressaram no imóvel, destrancando o portão principal (o qual permanece trancado, contudo, sem cadeado). Em seguida, retiraram o portão de ferro branco, medindo 2,20mx1,00m, de uma das portas das salas e, na posse do bem de valor, saíram do local.

Ocorre que o comportamento dos denunciados foi monitorado por câmeras da Prefeitura Municipal e a Guarda Municipal foi acionada. Os guardas municipais conseguiram deter **LEANDRO** e **IZAIAS** na Rua Bittencourt, na altura do número 144, na posse do portão de ferro subtraído, conforme auto de exibição/apreensão/entrega de p. 14 e fotografia de p. 15.

Finda a instrução, a pretensão acusatória foi julgada procedente.

Das provas produzidas

O bem subtraído¹, de propriedade da UMEP Acácio de Paula Leite Sampaio, foi recuperado e apreendido (auto de exibição e apreensão de fls. 14).

O valor do portão furtado foi estimado em R\$ 300,00 (trezentos reais) (auto de avaliação de fls. 245).

Foi [igualmente] produzida prova oral.

Em juízo, a testemunha **Diogo Dario Mota**, guarda civil municipal, relatou que foram acionados pelo monitoramento municipal. Ao ensejo, a informação dava conta de que dois indivíduos foram avistados saindo de um imóvel, em posse de um portão. Nas proximidades, abordaram os réus, quem carregavam o item em um carrinho de supermercado. Confirmaram que o portão advinha de uma instituição de ensino. Ambos foram conduzidos à delegacia. Os indivíduos não apresentaram versão para os fatos. Tratava-se de uma porta de sala. Ambos foram abordados na rua de trás da escola. Não sabe dizer como o portão foi retirado do local. A instituição já foi invadida por várias vezes. Está desativada e não conta com vigilância. Conhecia Izaías, mas nunca o havia abordado por prática de delitos, somente para a prestação de assistência social promovida pela guarda municipal (mídias audiovisuais).

Sobredita narrativa foi corroborada pelo também guarda

¹ 01 (um) portão de ferro branco, medindo 2,20mx1,00m

municipal **Moisés Salomão de Abreu**, quem aduziu que, no ensejo, foram acionados pela central de monitoramento e direcionados até a localização de dois indivíduos, quem carregavam um portão de ferro em um carrinho de supermercado. Foram informados da existência de gravações que demonstravam a entrada dos acusados na instituição de ensino, de lá subtraindo o portão. Não viu as imagens em questão. Os indivíduos não apresentaram versão para os fatos, deixando de colaborar com a abordagem. Estavam a cerca de seis ou oito quadras do local dos fatos. Já conhecia Izaías anteriormente. Quando realizou a abordagem, retornaram ao prédio para averiguar a procedência do portão, auxiliando os peritos com esta identificação. Essa unidade de ensino tem apresentado diversos problemas de invasão. A entrada dos réus se deu pelo local fotografado às fls. 156. A partir deste local se tem acesso ao ambiente interno, de onde foi retirado o portão, registrado na fotografia de fls. 161 (mídias audiovisuais).

Em solo policial, o acusado **Izaías Oliveira** e o corréu **Leandro Barbosa da Silva** quedaram-se silentes (fls. 06/07).

Interrogado em juízo, o réu **Izaías** afirmou ser pessoa em situação de rua. Confirmou haver se apoderado do portão de ferro, que encontrou em via pública. Trafegava com seu colega, quando viram o portão, que estava solto. Não ingressaram na escola, tampouco arrancaram o item do local. A escola já estava arrombada. O portão estava na calçada (mídias audiovisuais).

Esses são os subsídios que decorrem da prova processual.

Passo a valorá-los.

Da valoração das provas

O conjunto probatório apresenta-se robusto.

E denota suficiência para ensejar a condenação.

Na data dos fatos, os guardas civis municipais Diogo e Moisés foram acionados para atender a uma ocorrência de furto.

Câmeras de monitoramento municipal flagraram o momento em que dois indivíduos acessaram uma instituição de ensino desativada e, de lá, subtraíram um portão de ferro.

Ato seguinte, deixando o local, passaram a carregá-lo em via pública, em um carrinho de supermercado.

Diante de informações que lhe foram fornecidas, os agentes municipais deslocaram-se em direção ao réu **Izaias** e seu comparsa Leandro, abordando-os em posse do item afanado.

Pois bem, parece-me evidente e cristalina a materialidade delitiva.

Isto porque demonstra visualmente e de forma perceptível e sensorial a ocorrência da infração penal.

Não fosse bastante e para além disso, o apelante confessou, em parte, a empreitada delituosa.

Muito embora tenha informado que acreditava tratar-se de imóvel abandonado, salientando que o portão estaria do lado externo do edifício, foi bastante claro ao confirmar seu envolvimento com o ilícito.

É neste ponto que afasto a incidência do erro de tipo.

E conseqüente exclusão do dolo da ação.

Em que pese a alegada situação de abandono em que se encontrava o imóvel, não há como se admitir, nem se pode [ou deve] admiti-lo como presumido.

Pelo contrário, das informações colacionadas aos autos depreende-se que o local estava sob a vigilância de monitoramento, ainda que à distância.

Tanto isso é verdade que se acionou a guarda civil municipal, tão logo acontecida a ação, para lograr a recuperação do bem, o que, de fato, aconteceu em local substancialmente próximo ao ponto no qual houve a remoção do objeto.

A despeito do quanto alegado pelo réu, parece-me pouco provável que o portão tenha sido removido por terceiros [mediante emprego considerável de força, conforme atestado pelo laudo pericial encartado ao presente caderno procedimental] e, sem razão qualquer, deixado no exterior da instituição, à disposição de todo e qualquer transeunte.

Nestes termos, e considerando que o item foi retirado do interior do imóvel, resta fragilizada a alegação de que se tratava de *res derelicta*, especialmente diante da ausência da clara intenção dos responsáveis

pelo instituto educacional em se despojar ou mesmo descartar o referido item.

Observo, inclusive, que o imóvel apresentava-se murado, em todas as suas faces [ainda que relativamente deteriorados].

Mais: relataram os agentes que eram frequentes as comunicações noticiando a ocorrência de invasões, tudo a indicar a existência de interesse na preservação do imóvel e a intenção de coibir novas práticas delitivas, ainda que inativada a atividade desempenhada no edifício.

Tudo a indicar a subsistência de cuidado ao local, circunstância que descredencia a tese de atipicidade da conduta.

É dizer, inviável o reconhecimento do completo abandono do próprio público e negligência em relação ao que nele se conservava.

A propósito:

Apelação – Furto qualificado – concurso de agentes – Réus que durante a madrugada subtraíram aproximadamente cem quilos de fios de cobre da empresa vítima (Usiminas) e acabaram abordados por policiais militares em patrulhamento rotineiro. Recursos defensivos de Lucas e Djavan – A il. Defesa busca a absolvição dos réus, com base no artigo 386, VI e VII, do CPP, respectivamente. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do furto para o delito de receptação. Se mantida a condenação por furto, postula a aplicação da confissão espontânea, o reconhecimento da tentativa, no patamar máximo, o afastamento do majorante do repouso noturno e a fixação do regime inicial aberto, com a consequente

detração. Recurso defensivo de José Anderson postula a absolvição por atipicidade da conduta, com base no princípio da insignificância ou por se tratar o bem de coisa abandonada. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão, o afastamento da qualificadora, a exclusão da causa de aumento do repouso noturno e o reconhecimento da tentativa. Reconhecimento da atipicidade da conduta (Princípio da Insignificância) – Não acolhimento – Conduta materialmente típica. Atipicidade da conduta por serem os produtos subtraídos coisas abandonadas – não cabimento – ausência de demonstração de que os cem quilos de fios de cobre estavam abandonados no mato, e que os réus os encontraram durante a madrugada. Materialidade e autoria comprovadas – Palavras da vítima e testemunhas firmes e aptas a embasar a condenação. Dosimetria penal readequada – Réus Lucas e Djavan portadores de maus antecedentes – Pena-base de cada um fixada em 1/8 acima do mínimo legal – Na segunda etapa, aumento de 1/6 pela reincidência de ambos – Pleito de reconhecimento da confissão espontânea – não cabimento – Réu José Anderson, primário, teve a pena-base fixada no mínimo legal. Na terceira etapa, pleito de reconhecimento da tentativa – não cabimento – inversão da posse da res furtiva – crime consumado - Repouso noturno que não incide em furto qualificado (Tema 1.087) – Penas redimensionadas quanto aos três acusados – Reincidente Lucas e Djavan, regime semiaberto bem fixado. Descabida a substituição da pena corporal por restritiva de direitos ou a concessão do sursis. Primário o acusado José Anderson, foi fixado o regime aberto e concedida a substituição da pena corporal por duas penas restritivas de direitos. Recursos parcialmente providos.

(TJSP; Apelação Criminal 1500491-71.2023.8.26.0536; Relator (a): J. E. S. Bittencourt Rodrigues; Órgão

Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cubatão - 4ª Vara; Data do Julgamento: 31/07/2023; Data de Registro: 31/07/2023)

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, §4º, IV, CP). Subtração de diversos objetos do interior de pousada. Prisão em flagrante. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Alegação de erro de tipo, pois supunham serem coisas abandonadas. Ausência de verossimilhança da tese. Sentença condenatória a 2 anos em regime semiaberto. Inocorrência de violação ao sistema acusatório. Réu Ailton reincidente específico e réu Daniel reincidente não específico. Adequada fixação e regime semiaberto, visto que, ao réu reincidente, incabível o regime inicial aberto, porém permitido o semiaberto pela dimensão da pena. Impossibilidade da conversão da pena em restritiva de direitos a Ailton, pela reincidência específica. Todavia, quanto ao réu Daniel, possibilidade de substituição por restritiva de direitos, medida que se mostra recomendável ao caso. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500390-20.2020.8.26.0510; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Rio Claro - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/09/2022; Data de Registro: 22/09/2022).

Ou seja, o conjunto probatório não tergiversa.

As provas produzidas têm densidade para firmar a responsabilidade do apelante, increpando-o com o crime.

Enfim, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, confirmou os termos da imputação.

Contudo, de rigor o reconhecimento da tentativa delitiva.

A ação do apelante foi interrompida por circunstâncias alheias à sua vontade.

Não houve, no caso em testilha, o deslocamento completo da posse da *res furtiva*, ou seu exercício de forma tranquila, necessários à caracterização da consumação do delito.

Nem sequer cessou-se a clandestinidade da empreitada.

Malgrado tenha o acusado deixado o imóvel em posse do bem, sua ação esteve acompanhada, a todo momento, por câmeras de monitoramento.

Acionada a guarda civil municipal, foi **Izaías** imediatamente detido, enquanto carregava o portão em um carrinho de supermercado.

É dizer: não logrou o réu apoderar-se do item alvo da subtração, de modo a se assessorar da *res* longe da esfera de proteção da vítima, livre de embaraços.

Aliás, é certo que o item cobiçado foi prontamente recuperado e devolvido.

Motivo pelo qual os fatos apurados melhor aperfeiçoam a figura delituosa tipificada no artigo 155, *caput*, na forma do artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Isso posto, passo à análise das penas.

Da individualização das penas

Na primeira etapa da dosimetria das penas, dada a duplicidade de qualificadoras [o rompimento de obstáculo e o concurso de agentes], utilizou-se o douto magistrado de uma das referidas circunstâncias para majorar as básicas.

Valorou-se [ainda] os maus antecedentes do apelante, em razão da condenação pretérita no processo-crime nº 1500686-95.2019.8.26.0536 (furto qualificado), com trânsito em julgado para a defesa em 02 de junho de 2019 (fls. 32/39).

Esse conjunto de variáveis ditou a elevação das penas em $\frac{1}{4}$ (um quarto).

Diante deste cenário, recorre a defesa, pranteando o descabimento da exasperação das básicas.

Razão, contudo, não lhe assiste.

De saída, cediço que a pluralidade de qualificadoras que tocam à execução do crime e a suas circunstâncias acentuam o desvalor da ação, justamente porque indicam especificidades que tocam à execução do crime e suas circunstâncias, conferindo [assim] maior reprovabilidade para a conduta.

Aliás, o tema parece-me bastante pavimentado diante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que é firme ao afirmar que na existência de múltiplas qualificadoras, a primeira deve ser utilizada para deslocar a conduta da forma simples para aquela com

punição mais severa, prevista no artigo 155, §4º, do Código Penal, enquanto as remanescentes deverão ser ponderadas na segunda fase na dosimetria [se agravantes forem] **ou na primeira etapa, como circunstância judicial desfavorável.**

Nessa toada:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E DOS MAUS ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUALIFICADORA DA ESCALADA. RAZOÁVEL DEMONSTRAÇÃO PROBATÓRIA. REGIME MAIS GRAVOSO FUNDAMENTADO. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. MERA REITERAÇÃO DE PEDIDOS.

1. Verificada a falta de análise pela instância a quo das alegações de afastamento da qualificadora pelo rompimento de obstáculo, por falta de laudo, e dos maus antecedentes, por bis in idem e superação do período depurador, a análise nesse momento ensejaria indevida supressão de instância.

2. Demonstrada a qualificadora da escalada sem flagrante ilegalidade, conforme as provas presentes nos autos, pois foi comprovada pelas declarações da vítima e das testemunhas, bem como pela prova técnica que constatou que o imóvel era cercado por muros de 2,10 metros de altura.

3. Ausente suposta violação da Súmula n. 443/STJ, considerando que foram aferidas apenas duas qualificadoras: uma qualificou o delito e a sobejante foi devidamente utilizada como circunstância judicial.

4. "Na existência de múltiplas qualificadoras, uma

delas é empregada para qualificar o crime enquanto as remanescentes podem ser utilizadas na segunda fase da dosimetria da pena, caso correspondam a agravantes legalmente previstas, ou residualmente como circunstâncias judiciais, na primeira etapa" (AgRg no HC n. 804.667/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.)

5. Regime semiaberto mais gravoso adequado ao caso, sendo irrelevante a detração penal, considerando que o montante de pena (9 meses de reclusão) já ensejaria modalidade aberta, mas a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e o réu é multirreincidente.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 819.576/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023.)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA-BASE. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UMA DELAS UTILIZADA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO RECOMENDÁVEL NO CASO CONCRETO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL IMPEDE A BENESSE. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada

no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente" (EDcl no AgRg no REsp 1660712/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 8/6/2018).

2. "Não há falar em violação do artigo 619 do Código de Processo Penal se o Tribunal de origem decidiu as questões suscitadas pela parte em decisão suficientemente motivada, inexistindo omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade. A negativa de prestação jurisprudencial se configura apenas quando o Tribunal deixa de se manifestar sobre ponto suscitado e que seria indubitavelmente necessário ao deslinde do litígio e não quando decide em sentido contrário ao interesse da parte" (AgRg no REsp 1638488/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/6/2018).

3. **"É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que é possível a utilização de uma qualificadora para exasperar a pena-base no crime de furto quando presentes duas ou mais qualificadoras"** (AgRg no HC 416.091/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 14/2/2019).

4. "O Tribunal a quo concluiu que, no caso dos autos, não é socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Portanto, a inversão do julgado demandaria, necessariamente, nova incursão nas provas e fatos que instruem o caderno processual, desiderato esse incabível na via estreita do recurso especial, nos termos do comando normativo contido na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no AgRg no AREsp 1790983/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 19/3/2021).

5. A presença de circunstância judicial desfavorável, como ocorre no presente feito, impede a substituição

da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal - CP.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.047.626/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023.)

Nesta quadratura, haja vista que ambas as qualificadoras foram relevantes para a execução do crime, uma delas pode servir para elevar as básicas, instrumentalizando-se como circunstância judicial desfavorável.

De outro giro, igualmente deve prosperar a valoração dos maus antecedentes do apelante, diante das condenações pretéritas documentadas em sua certidão de antecedentes criminais.

Destarte, não está a merecer reparo o acréscimo empreitado nesta fase.

Valoradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, tomou-se por parâmetro a fração de $\frac{1}{4}$ (um quarto), aplicando-se $\frac{1}{8}$ para aquilatar cada circunstância negativa.

Não foi outro o motivo pelo qual as sanções partiram de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.**□

Na etapa seguinte, a autoridade judiciária *a quo* valorou somente a agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal.

Todavia, requer a defesa seja considerada a confissão espontânea.

E em que pese o acusado não tenha assumido a totalidade da empreitada criminosa, nos exatos termos da denúncia, é certo que confirmou haver se apoderado do bem.

Ao dizer que o fez sem ingressar no imóvel, contudo, sua narrativa permaneceu isolada diante do restante do conjunto probatório.

De toda sorte, fato é que sua versão contribuiu para melhor elucidar o desenrolar dos fatos, via de consequência acreditando o édito condenatório de maneira segura e livre de dúvidas.

Aliás, é certo que o C. Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de que a atenuante encartada no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, deve ser reconhecida, mesmo que o agente a tenha revelado de forma parcial, consoante posicionamento consolidado na Súmula nº 545 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, a atual posição da Corte Superior de Justiça, firmada no julgamento do REsp n. 1.972.098/SC (Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/6/2022, DJe 20/6/2022), é no sentido de que, confessada a prática delitiva, impõe-se a redução da pena na segunda fase da dosimetria (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal), independentemente de a confissão ter sido utilizada pelo Juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória.

Nesse ensejo, considero a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Consectário dessa premissa é a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

A melhor medida para o presente caso, inclusive.

Essa questão foi amplamente debatida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ao ensejo da discussão da Tese nº 585, em sede de recurso repetitivo, readequada com a seguinte redação:

É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível asua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Alinham-se a este entendimento os seguintes julgados: STJ - EREsp 1154752-RS, AgRg no AREsp 2021593-SP, AgRg no HC 718078-SP, AgRg no AREsp 2016921-SP entre outros.

Diante desta conjuntura, em sendo viabilizada a compensação integral entre uma e outra, parece-me inviável privar o apelante **Izaías** desse desfecho sem que seja, ao menos, apresentada uma argumentação plausível para tanto.

Desta feita, compenso integralmente a agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, com a atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, mantendo as penas no *quantum* de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.** □

Na terceira etapa da dosimetria, o juízo *a quo* nada valorou.

Todavia, reconhecida a causa de diminuição da pena prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, diminuo as penas na fração mínima de 1/3 (um terço), em face do *iter criminis* percorrido pelo réu, resultando sanções definitivas de **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 08 (oito) diárias.**

Por derradeiro, entabulou-se o regime semiaberto, como momento inicial para o cumprimento da pena corporal.

E mais uma vez, a despeito da irresignação defensiva, agiu com acerto a autoridade da origem.

Não há equívoco na exteriorização dessa opção.

Em que pese o delito não tenha sido praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça, **é certo que as condições subjetivas do apelante são amplamente desfavoráveis.**

Por essa razão, a opção pelo regime intermediário [de fato] representa a resposta punitiva mais adequada para calibrar o desvio da conduta analisada subjacentemente.

Descabida, ainda, a aplicação do instituto da detração penal,

delineado ao artigo 42 do Código Penal, para que seja descontado o tempo em que o apelante já se encontra preso provisoriamente.

A detração é matéria que importa ao juízo das execuções criminais, em consonância com os ditames da Lei de Execução Penal, devendo por ele ser avaliada e melhor considerada para habilitar o acusado ou não a regime e outras situações que possam até lhe ser mais favoráveis.

Digo de outra forma: não se tem notícias acerca da real situação carcerária do réu a revelar [ou não] o direito – de pronto – à detração penal.

Daí ser imprescindível que o juízo das execuções se manifeste por primeiro, à mingua de informações concretas e, sobretudo, em atenção ao princípio constitucional do juiz natural.

Em arremate, inviável a concessão de *sursis* ou a substituição da corporal por pena alternativa, máxime em razão da reincidência do apelante.

Corretamente definido o valor unitário das diárias no piso legal, à mingua da comprovação de uma melhor condição econômica do apelante.

Do voto

Mercê do exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso defensivo** e, no mérito, **dou-lhe parcial provimento** para: (i) valorar a atenuante

da confissão espontânea, compensando-a integralmente com a agravante da reincidência, (ii) reconhecer a tentativa delitiva, na razão de 1/3 (um terço) (iii) reestimar as penas impostas ao apelante **Izaías Oliveira**, que deverão ater-se aos patamares de **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 08 (oito) diárias**.

Procedam-se às anotações pertinentes no Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), nos termos da Resolução Nº 417, de 20 de setembro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça.

Após o trânsito e julgado, determino a expedição de guia de execução em nome do réu, anotando-se o regime de pena fixado, e o cumprimento das recomendações elaboradas pela Resolução 474, de 2022, editada pelo CNJ.

Nunca é demais assinalar que, transitada em julgado uma condenação ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto/aberto, deverá o réu ser sempre intimado para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante nº 56.

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

É como voto!



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Luís Geraldo Lanfredi

Relator