



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000277967

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501453-06.2021.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUÍS HENRIQUE ZANQUETA LAZARINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Ante o exposto, deram provimento ao recurso ministerial para, mantida a condenação de Luís Henrique Zanqueta Lazarini, majorar a pena para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, calculados no mínimo legal, por violação ao art. 155, § 1º, do Código Penal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E TOLOZA NETO.

São Paulo, 24 de março de 2025.

JAYME WALMER DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1501453-06.2021.8.26.0297

3ª Câmara de Direito Criminal

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: Luís Henrique Zanqueta Lazarini

Voto nº 9154

PENAL E PROCESSO PENAL – FURTO – RECURSO MINISTERIAL: pedido de afastamento da atenuante inominada (CP, art. 66); reconhecimento de preponderância da agravante genérica de reincidência sobre a atenuante de confissão espontânea; aplicação da causa de aumento de repouso noturno; e fixação de regime inicial fechado – acolhimento – a condição de vulnerabilidade social e o vício em drogas ilícitas não são fundamentos justificantes para adoção da prática delitiva, isenção da responsabilidade criminal ou mitigação da pena – o acolhimento da denominada coculpabilidade estatal em tais casos inverteria a lógica dos objetivos gerais e individuais da pena, passando a justificar ações criminosas e retirando, ainda que parcialmente, a carga de autodeterminação e consciência individual e coletiva, caracterizando verdadeiro incentivo ao cometimento de delitos – precedentes – de rigor o afastamento da atenuante inominada (CP, art. 66) – havendo dupla reincidência em delitos patrimoniais, sendo uma delas específica, e a atenuante de confissão espontânea, a compensação entre os institutos deve ser tão somente parcial – o repouso noturno compreende o período no qual as pessoas se recolhem para descansar, independentemente de os ofendidos estarem ou não dormindo no momento do crime, ou o local ser estabelecimento comercial, via pública, residência desabitada ou veículos, bastando que o fato se dê durante o repouso noturno – inteligência do Tema nº 1144 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – verificada a presença de maus antecedentes e de dupla reincidência dolosa, de rigor a fixação do regime inicial fechado – PROVIMENTO.

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: correta observância ao critério trifásico – presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi adequadamente estabelecida em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal – verificada a agravante de dupla reincidência e a atenuante de confissão espontânea, a compensação entre os institutos deve ser parcial, majorando-se em 1/6 (um sexto) – constatada a causa de aumento de repouso noturno, deve haver aumento na fração de 1/3 (um terço) – adequado o regime inicial

fechado – PROVIMENTO.

Luís Henrique Zanqueta Lazarini, qualificado nos autos, foi processado e ao final condenado por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Fábio Antonio Camargo Dantas, no processo nº 1501453-06.2021.8.26.0297, que tramitou pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Jales - SP, à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, calculados no mínimo legal, por violar o art. 155, *caput*, do Código Penal.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo pleiteia: 1- afastamento da atenuante inominada; 2- reconhecimento da preponderância da agravante de dupla reincidência sobre a atenuante de confissão espontânea; 3- aplicação da causa de aumento de repouso noturno; e, 4- fixação de regime inicial fechado.

Processado e contra-arrazado o recurso, manifestou-se o d. Promotor de Justiça Designado em Segunda Instância pelo provimento.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **não houve oposição** a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O apelante foi processado e condenado pela

prática do crime de furto na modalidade fundamental porque, segundo a denúncia, no dia 13 de julho de 2021, por volta das 6h, na Rua Marechal Rondon, terreno ao lado do nº 936, Jardim Estados Unidos, na cidade e comarca de Jales - SP, o réu subtraiu para si, 10 (dez) orquídeas, avaliadas globalmente em R\$ 1.000,00 (mil reais), de propriedade de Fátima Regina do Espírito Santo Garutti.

Consta que, na data dos fatos, o acusado compareceu no local dos fatos e, aproveitando-se da momentânea ausência de vigilância ostensiva, ingressou no terreno ao lado da residência da vítima, onde ela mantinha um orquidário, e de lá subtraiu 10 (dez) plantas da referida espécie, evadindo-se na posse dos bens.

A ofendida registrou boletim de ocorrência, sendo que os agentes de segurança pública, mediante diligências, notadamente a partir da análise das câmeras de segurança instaladas no local, identificaram o acusado como autor da subtração. Indagado, confessou a prática delitiva, informando haver revendido as plantas para adquirir drogas.

A autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas e não constituem objeto do presente recurso.

No mérito, o inconformismo ministerial merece provimento.

Inicialmente, frise-se que a nova ponderação dos fatos e circunstâncias pelos tribunais em sede de apelação, nos recursos exclusivos da defesa, inclusive com reconhecimento de agravantes e atenuantes não aventadas pelo órgão ministerial na denúncia e em suas alegações finais, em razão do efeito devolutivo em profundidade, poderá ser

feita naturalmente sem incorrência em *reformatio in pejus*, desde que não haja agravamento da situação do réu.

Nesse sentido:

“(...) 1. Nos termos do art. 617 do CPP, o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença. 2. Nessa linha, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena e fixação do regime prisional, a realizar nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu. (...)”.
(STJ – AgRg no Habeas Corpus nº 653.368-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20.04.2021).

Nos termos dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passa-se à análise da pena cabível.

Na primeira fase, observa-se a presença da circunstância judicial desfavorável de maus antecedentes (processo-crime nº 0002442-74.2006.8.26.0083) e há de se ponderar também ter sido o

crime praticado durante o repouso noturno, a demonstrar sua perspicácia em se valer de momento em que, teoricamente, as vítimas estão recolhidas em seus quartos, independentemente de se tratar de imóvel comercial, porque pelas mesmas razões estará desocupado, sem vigilância, de modo que em face das duas majorantes, a pena deve receber o aumento de 1/3, alcançando 1 ano e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

Indubitável que tal conduta demonstra concretamente a não assimilação à terapêutica reeducacional e desvio comportamental, bem como explicita uma personalidade inclinada à prática delitiva, exigindo maior reprovabilidade.

Na segunda fase, a despeito do entendimento do magistrado *a quo*, eventual vulnerabilidade social, concretamente manifestada na habitação nas ruas, dificuldades financeiras ou outras adversidades da vida, às quais toda e qualquer pessoa está sujeita, assim como o estado de embriaguez e a condição de usuário de drogas, não são fundamentos justificantes para cometimento de delitos, isenção de responsabilidade criminal ou mitigação da pena. Ou seja, inaplicável em tais casos a atenuante genérica inominada prevista no art. 66, do Código Penal.

Não se desconhece que, apesar de seus esforços, o Estado não se mostra eficiente em muitos pontos, mormente relacionados à assistência às pessoas em estado de vulnerabilidade social, podendo inclusive levar ao aumento da criminalidade. Entretanto, tal ineficiência não pode reduzir a responsabilidade criminal de cada cidadão, sob risco de ferir de morte os objetivos gerais e individuais da pena.

Em verdade, o acolhimento da denominada coculpabilidade estatal em tais casos inverteria tais objetivos da pena,

porquanto, ao invés de se exigir uma conduta moral, honesta e legal das pessoas, acabaria por justificar ações criminosas, ainda que parcialmente, retirando a carga de autodeterminação e consciência individual e coletiva, revelando-se verdadeiro incentivo ao cometimento de delitos.

Nesse sentido são os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“(...) a alegada vulnerabilidade social não se mostra circunstância relevante para justificar a prática de ilícitos. Em relação ao reconhecimento de atenuante inominada, o entendimento desta Corte é que "Somente pode ser reconhecida a existência da atenuante inominada quando houver uma circunstância, não prevista expressamente em lei, que permita ao Juiz verificar a ocorrência de um fato indicativo de uma menor culpabilidade do agente "(AgRg no AREsp n. 1.809.203/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 22/3/2021.)

No caso, as instâncias ordinárias ponderaram que a condição do paciente de usuário de drogas, por si só, não é capaz de caracterizar a almejada atenuante. (...)". (STJ — *Habeas Corpus* nº 734.425-SC, Sexta Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 28.06.2022).

“(...) A apelante invocou a teoria

da coculpabilidade estatal, argumentando que é viciada em drogas e vivia, à época dos fatos, em situação de rua; que as diversas passagens pelo sistema prisional demonstram a ineficácia do sistema prisional; que as negativas de tratamento não ocorrem por meio formal, com fornecimento de negativa escrita, razão pela qual não tem provas de seu vício; que está em maior condição de vulnerabilidade e sujeita a violências, pelo fato de ser travesti. Além disso, justificou a necessidade de aplicação da atenuante genérica pelo fato de ter ficado custodiada no curso do processo, haja vista as condições degradantes dos presídios brasileiros, o que enseja a responsabilidade estatal. 17. Não há dúvida que o homem, sendo fruto do meio em que vive, pode praticar o delito influenciado pelas condições sociais que determinam o seu comportamento. Isso quer dizer que causas sociais delimitam um maior ou menor âmbito de autodeterminação do sujeito, a depender das maiores ou menores oportunidades que a vida lhe tenha oferecido. Todavia, ainda que o Estado deixe de prestar a devida assistência aos seus cidadãos, a situação de miserabilidade/vulnerabilidade social, por si só, não autoriza a prática criminosa. Em outras palavras, as desigualdades sociais, apesar de graves em nosso país, não têm o condão de justificar o cometimento de ilícitos. 18. Na hipótese em tela, nota-se que a

apelante arguiu genericamente as condições pessoais da acusada sem trazer aos autos prova de como o aparato estatal teria falhado, especificamente, com relação a ela, tornando difícil eventual reconhecimento da coculpabilidade estatal. (...)". (STJ – REsp nº 2.107.886-PE, Quinta Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, j. 28.02.2025).

São Paulo: E deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de

“(...) A simples alegação de ser dependente químico, sustentada pelo Apelante, por si só, não é fundamento para o reconhecimento da atenuante, até mesmo porque entendimento contrário seria incentivar a prática de ilícitos por pessoas que igualmente se encontrem nessa situação, devendo ser negado seu pedido. (...)”. (TJSP – Apelação Criminal nº 1500059-25.2023.8.26.0545, Terceira Câmara de Direito Criminal, Relator Desembargador Luiz Antonio Cardoso, j. 16.02.2024).

“(...) o fato de o apelado se encontrar em situação de miserabilidade - situação da maioria dos “moradores” de rua ou, ainda, sob efeito de drogas, não o autoriza a praticar furto ou qualquer outro crime. Nessa esteira, conforme obtemperado pelo Preopinante, “(...

a alegação de pobreza e de ser usuário de drogas, não constituem circunstância excepcionais atenuadoras da pena; aliás, não é incomum que pessoas carentes e usuários pratiquem crimes contra o patrimônio, o que, em regra, não pode ser utilizado como justificativa para abrandar a Lei” (fls. 251). Afasta-se a atenuante inominada. (...). (TJSP — Apelação Criminal nº 1500589-65.2021.8.26.0297, Sexta Câmara de Direito Criminal, Relator Desembargador Crescenti Abdalla, j. 18.02.2025).

Considerando que, no caso *sub examen*, a aplicação da atenuante inominada (CP, art. 66) deu-se exclusivamente com base na narrativa ofertada pelo acusado em juízo, sem qualquer elemento comprobatório que há inequívoca culpa parcial estatal para o cometimento do delito, impositivo seu afastamento.

Presentes a agravante de dupla reincidência (CP, art. 61, inc. I), sendo uma delas específica (processos-crime nº 0000660-34.2015.8.26.0530 e 0002704-55.2017.8.26.0530), e a atenuante de confissão espontânea (CP, art. 65, inc. III, “d”), de rigor a compensação parcial, majorando-se a reprimenda anterior na fração de 1/6 (um sexto), atingindo-se 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Trata-se de observância à tese fixada no tema nº 585 do Colendo Superior Tribunal de Justiça estipula que:

"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 a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”.

Na derradeira etapa, a despeito do entendimento do juízo *a quo*, verifica-se a presença da causa de aumento prevista no § 1º, do art. 155, do Código Penal.

Com efeito, há firme posicionamento atual dos Colendos Tribunais Superiores e do Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante no sentido de que se trata de uma questão cronológica (durante o período de repouso noturno) e não de local da realização do ilícito penal, podendo ser, inclusive, em residência vazia ou em construção, comércio ou em via pública, para que esteja devidamente caracterizada.

Nesse sentido:

“(…) 1. "Para a configuração da circunstância majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal, basta que a conduta delitiva tenha sido praticada durante o repouso noturno, dada a maior precariedade da vigilância e a defesa do

patrimônio durante tal período, e, por consectário, a maior probabilidade de êxito na empreitada criminosa, sendo irrelevante o fato das vítimas não estarem dormindo no momento do crime, ou, ainda, que tenha ocorrido em estabelecimento comercial ou em via pública, dado que a lei não faz referência ao local do crime" (AgRg no AREsp n. 1.234.013/PR, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2018, DJe 3/9/2018). 2. A análise acerca da incidência da majorante do repouso noturno, na hipótese, não atrai incursão no acervo probatório dos autos, uma vez que a situação fática a ser examinada está delineada no acórdão recorrido. Do mesmo modo, não há que se falar na incidência do óbice previsto na Súmula n. 284/STF, tendo em vista que as razões do apelo nobre permitem a exata compreensão da controvérsia. 3. Agravo regimental desprovido". (STJ – AgRg nos ADcl no REsp nº 1.849.490-MS, Sexta Turma, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, j. 15.09.2020).

Assim, a pena deve ser aumentada em 1/3 (um terço), resultando em 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, calculados no patamar mínimo, que, à míngua de outras circunstâncias modificadoras, torna-se definitiva.

Em razão das circunstâncias judiciais

desfavoráveis e da dupla reincidência, uma delas específica, o regime prisional adequado é o **inicial fechado**, de acordo com o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, porquanto indica a adoção do cometimento de crimes como meio de vida. Revela-se, pois, ser a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Pelas mesmas razões, incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e a concessão de *sursis*.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso ministerial para, mantida a condenação de **Luís Henrique Zanqueta Lazarini**, majorar a pena para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, calculados no mínimo legal, por violação ao art. 155, § 1º, do Código Penal.

Jayme Walmer de Freitas

Relator