



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000307447

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0017011-52.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL DE JESUS RIBEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. 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, 29 de março de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9485

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 0017011-52.2024.8.26.0050

Apelante: Rafael de Jesus Ribeiro

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto duplamente qualificado (artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos da vítima e da testemunha. Dosimetria mantida. Qualificadoras bem demonstradas. Inaplicável a causa de aumento de pena referente aos furtos praticados durante o repouso noturno nas hipóteses qualificadas do crime. Entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Repetitivo (Tema 1.087). Particularidades do caso concreto que justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Réu reincidente. Regime fechado mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rafael de Jesus Ribeiro contra a r. sentença (fls. 37/48) em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar como incurso no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, o réu RAFAEL, fixando-lhe a pena de 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 03 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e ao corréu GUILHERME, a sanção de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto e 11 (onze) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Por entender presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, a MM.^a Juíza *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao réu Guilherme por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, a ser pago à vítima e na prestação de serviços à

comunidade ou à entidades públicas, pelo tempo da pena privativa imposta.

Em suas razões recursais (fls. 59/70), o apelante pugnou pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu fixação da pena-base no mínimo legal ou o redimensionamento do *quantum* de aumento aplicado na primeira fase da dosimetria e a fixação de regime mais brando para início do cumprimento da pena.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 83/88), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **não provimento** do apelo (fls. 100/106).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **RAFAEL DE JESUS RIBEIRO** e **GUILHERME PEREIRA DOS SANTOS** foram processados como incurso no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, do Código Penal, porque segundo a denúncia, no dia 22 de agosto de 2023, por volta de 1h15min, na Rua Augusto Tolle, n.º 633, Bairro Santana, nesta Cidade e Comarca de São Paulo, agindo em concurso e com unidade de desígnios, subtraíram, para proveito comum, durante o período de repouso noturno e mediante o rompimento de obstáculo, coisas alheias móveis, consistentes em um televisor Samsung 46 polegadas e um equipamento de tatuagem, de propriedade do estabelecimento vítima Miyagi Estudio, conforme boletim de ocorrência de fls. 4/5 e laudo pericial de fls. 29/37 (Processo originário n.º 1537553-51.2023.8.26.0050).

Segundo restou apurado, “(...) os denunciados se ajustaram previamente e, aproveitando-se da precariedade da vigilância durante o repouso noturno, dirigiram-se por volta das 01h15min ao estabelecimento da vítima, situado no local *supra* descrito.

Certos de que, lá estando, o denunciado RAFAEL arrombou a janela do estabelecimento, nele ingressou e subtraiu um televisor Samsung 46 polegadas e um equipamento de tatuagem. O denunciado GUILHERME aguardava do lado de fora do estabelecimento com a motocicleta placas EJ2581, fazendo com que ambos lograssem êxito na fuga.

Realizada perícia no local dos fatos, foram encontradas impressões dígito papilares do denunciado RAFAEL (fls. 08/22).

Ao analisar a imagem das câmeras de segurança, Marco Yoshio Miyagi, representante do estabelecimento, reconheceu GUILHERME como o indivíduo que aguardava na motocicleta e fugiu com RAFAEL (fls. 39). Guilherme é irmão de Willian Anderson Anselmo, pessoa que divide o imóvel com Marco. William também reconheceu GUILHERME como o indivíduo que aparece nas imagens das câmeras de segurança (fls. 41). (...)”

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge a apelante por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Inicialmente, importa notar que a r. sentença transitou em julgado para o corréu Guilherme Pereira dos Santos em 29 de abril de 2024 (fls. 332 - dos autos originários n.º 1537553-51.2023.8.26.0050), o que ensejou o desmembramento do feito em relação à parte Rafael de Jesus Ribeiro, com a formação desta ação distribuída sob n.º 0017011-52.2024.8.26.0050 (fls. 333 - autos originários; fls. 1 e 2 - destes autos).

Pois bem. O conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de furto qualificado imputado ao réu.

A materialidade delitiva resultou comprovada por meio do boletim de ocorrência (fls. 3/4), relatório de exame de local (fls. 6/7), laudo pericial papiloscópico (fls. 8/20), informação técnica (fls. 21/22), relatório de investigação (fls. 23/28), laudo de constatação e fotografiação em local de furto (fls. 29/37), termos de declarações (fls. 38 e 40), relatório final (fls. 126/129), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

A autoria delitiva, igualmente, é inconteste, tendo em vista as declarações prestadas pela vítima Marcos Yoshio Miyagi e pela testemunha William Anderson Anselmo (fls. 14 – mídia audiovisual; 38 e 40).

Oportuno registrar que em razão da ausência da cópia integral das principais peças nestes autos desmembrados, as folhas supracitadas referem-se aos autos originários n.º 1537553-51.2023.8.26.0050, à exceção das mídias audiovisuais e da sentença.

A testemunha William (irmão do corréu Guilherme), ouvida somente durante o inquérito policial, reforçou a ocorrência do crime, marcou o

elemento normativo e disse sobre as circunstâncias que, “(...) possui um salão de cabeleireiro na Rua Augusto Tolle, 633, Santana; que o salão fica na parte inferior do imóvel e na parte superior fica um estúdio de tatuagem de Marcos; que o estúdio de tatuagem foi furtado; que no estúdio, possui uma porta de acesso ao salão de cabeleireiro, entretanto a porta estava trancada, sendo que o autor não conseguiu entrar no salão, não tendo sido vítima, porém o depoente acredita que o alvo do furto seria o salão de cabeleireiro, pois ao analisar as imagens percebeu que o autor tinha conhecimento de como entrar no imóvel; que o depoente ao analisar as câmeras de segurança da região, verificou que seu irmão Guilherme Pereira dos Santos, participou do furto, utilizando uma motocicleta dele para levar e depois fugir com o outro autor na posse dos objetos furtados; que Guilherme trabalhou junto com o depoente no local; que Guilherme é usuário de drogas; que o depoente já tentou ajudar Guilherme de todas as formas, inclusive já internou Guilherme em uma clínica; que como Guilherme não cumpria suas obrigações no salão de cabeleireiro, o depoente teve que demitir Guilherme; que o depoente, apesar de ser irmão de Guilherme, não desejando prejudicar seu irmão, contudo Guilherme tem que arcar com as consequências do delito praticado. (...)”.

No mais, adota-se, transcrevendo, o resumo do depoimento colhido em juízo pela douta Magistrada sentenciante (fls. 40/42), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) A vítima declarou que trabalha em um prédio onde há um salão de cabelereiro na parte de baixo e seu estúdio de tatuagem situado na parte de cima do imóvel.

O mandante do furto é irmão do proprietário do salão de cabeleireiro. O furtador entrou no estúdio da vítima mediante escalada, subindo pela sacada da loja que há ao lado do estúdio, arrombando a porta e entrando.

Os furtadores levaram uma televisão de 46 polegadas e uma fonte de tatuagem digital, avaliada em torno de R\$ 1.000,00. A vítima teve um prejuízo estimado de R\$ 3.000,00 e seus bens não foram recuperados. No dia dos fatos, a vítima não estava no local, pois o estúdio não abre aos domingos e segundas-feiras.

No dia seguinte ao dos fatos, a vítima subiu a seu estúdio e encontrou tudo revirado.

A perícia conseguiu obter impressões digitais no imóvel e as câmeras existentes na rua ao lado e na rua de cima registraram os fatos.

O furtador que estava na moto do lado de fora do estabelecimento era o réu Guilherme, que é irmão de William, dono do salão de cabeleireiro. Ele foi reconhecido pela moto e pelos vídeos, por parte do irmão e pela secretária do salão da época.

O réu Rafael foi reconhecido pelas impressões digitais colhidas pela perícia.

O réu William usava capacete, mas em um determinado momento os vídeos registraram que ele tirou o equipamento e assim foi possível que a vítima o reconhecesse.

O réu Guilherme estava na moto. Ele não chegou a entrar no comércio da vítima, ele esperou o réu Rafael na rua, que foi quem retirou a televisão.

A vítima não se recorda se foi identificada a placa da moto no dia dos fatos, mas acredita que essa moto não estava em nome do réu.

O vídeo registrou o réu Guilherme vindo em direção ao estúdio da vítima em uma moto com o capacete um pouco levantado; ele veio, voltou e depois estacionou a moto.

Nesse momento, a pessoa que furtou os bens da vítima (réu Rafael) veio ao encontro do réu Guilherme andando em posse da televisão e o aparelho de tatuagem da vítima no bolso; ambos subiram na moto e saíram do local.

O réu Guilherme não chegou a entrar no local, ficou do lado de fora esperando o furtador sair com os bens.

William, o proprietário do salão, ainda trabalha no local e disse que já havia recebido algumas ameaças de seu irmão Guilherme, que por sua vez também já havia trabalhado no salão. Dessa forma, o réu já sabia qual era a melhor forma de entrar no local.

O furtador (réu Rafael) entrou pelo vidro após fazer a escalada, mas, ao tentar abrir a porta para descer para o salão de cabeleireiro, não conseguiu abri-la. (...)”.

Nesse ponto, convém salientar que, em se tratando de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando rica em detalhes, harmônica e coerente entre si, como ocorre na espécie.

A respeito, já se manifestou esta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“(…) Em crimes dessa natureza, especialmente cometidos de forma clandestina, **a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de prova, deve ser considerada e ganha status de preponderância** para o decreto condenatório. (...)”.

(TJSP; Apelação Criminal 1511203-19.2023.8.26.0602; **Relator: Luiz Antonio Cardoso**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sorocaba - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/11/2024; Data de Registro: 06/11/2024 - g.n.).

“APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO QUALIFICADO**. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e ao pagamento de 6 dias-multa, como incurso no art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, CP, por ter tentado subtrair, em proveito comum, previamente ajustado e agindo com unidade de desígnios com o corréu, objetos guardados no interior do veículo Peugeot/307, prata, de placas HJK7533, pertencentes à vítima E. de M. D. A., somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade. 2. Recurso defensivo: (i) absolvição por insuficiência de provas, (ii) desclassificação para o crime de furto na modalidade simples, (iii) abrandamento do regime prisional. 3. A materialidade e autoria foram

suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 4. **A palavra da vítima de crimes patrimoniais reveste-se de valor probatório importantíssimo, consoante entendimento da jurisprudência pátria** (STJ. AgRg no AREsp n. 1.250.627/SC). 5. A pena atribuída ao apelante foi determinada com equilíbrio e justiça, não havendo qualquer razão para a sua alteração de ofício. 6. O regime inicial aberto já foi fixado pela r. sentença apelada, inexistindo razão para a insurgência defensiva. 7. Recurso desprovido.”

(TJSP; Apelação Criminal 0000310-10.2023.8.26.0516;
Relator: Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Roseira - Vara Única; Data do Julgamento: 08/10/2024; Data de Registro: 08/10/2024)

Por sua vez, o apelante, em seu interrogatório judicial, sem sucesso negou a prática delitiva. Alegou que (fls. 25 – mídia audiovisual e 38/39) “(...) *tinha acabado de sair da colônia em Tremembé e não voltou ao estabelecimento penal porque na segunda-feira sua mãe passou mal e o interrogado teve que socorrê-la, levando-a ao hospital. O interrogado não conhece o corréu e não praticou o furto. (...)*”.

Sem credibilidade alguma, a palavra do apelante, revelando-se isolada das demais provas produzidas. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (“*praesumptiones hominis*”), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os artigos. 3º, 155 e 239, todos do Código de Processo Penal, e artigo 375 do Código de Processo Civil.

O réu, que se aventurou alegar inocência, não empreendeu esforços para demonstrar o alegado alibi, como lhe competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal. Os argumentos de que não furtou nada e não conhecia o corréu não prosperam, já que os vídeos de câmeras de segurança próximas do local dos fatos, disponíveis nos autos originários (fls. 42), demonstram que o réu furtou o televisor e foi auxiliado no transporte da *res* pelo corréu Guilherme, que o auxiliou com a própria motocicleta.

Outrossim, insta consignar que a impressão digital do réu foi encontrada do lado externo do vidro da sacada do 2º andar do imóvel.

Diante de tais evidências, cumpria à defesa a prova dos fatos alegados, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal, atribuição da qual não se desincumbiu. Nesse sentido: “TJSC: *“Quem afirma o álibi deve comprová-lo sob pena de não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria”* (JCAT 59/288-9). TACRSP: *“Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela Justiça Pública (...) Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública. A conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedora situação em que se viu preso em flagrante”*. (RT 747/692)”, in Código de Processo Penal Interpretado. Júlio Fabbrini Mirabete. São Paulo. Atlas. 8ª edição. p. 412. Provada a conduta criminosa, o ônus da prova se inverte. Neste sentido: *“Álibi. Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão (4º Grupo de Câmaras do TACRIM-SP, RvCrim 116.058, em 22.9.82 -v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzoni; 5º Grupo de Câmaras do TACRIM-SP, RvCrim 218.820, em 26.8.91, v. u. - Rel. Juiz Sérgio Pitombo)”* (Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 19ª ed., p. 156). E mais, *“Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação”* (JTACRESP 51/342). Nesse sentido: *“PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.”* (JUTACRIM 54/243, Rel. VALENTIM SILVA). No mesmo sentido, já se decidiu que *“de acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado.”* (STJ, Col. 5ª Turma, Habeas Corpus nº 44.376/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 17.11.2005); *“O álibi incomprovado depõe contra o réu que o ofereceu, pois a ele incumbiria fazer prova de total alheamento com a imputação que lhe é lançada, principalmente quando, na fase do inquérito, confessara a prática do delito ”* (Revisão n.º 353.184/3 —Col. 6º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal

- Relator Juiz RENATO NALINI (j. 15-5-2000).

É ônus da defesa provar o que alega, pois *allegare sine probare et non allegare paria sunt* — alegar e não provar é o mesmo que não alegar (Nicola Framarino dei Malatesta. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 179). Com todo o vigor tem cabida, como referido, o brocardo *allegare sine probare et non allegare paria sunt* (alegar e não provar é o mesmo que não alegar). Nesse sentido leciona também **HÉLIO TORNAGHI**: “O sentido do artigo 156 (do CPP) deve ser esse: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos deve ser provados pelo réu” (HÉLIO TORNAGHI. Instituições de Processo Penal, Forense, Rio, 1959, IV/232).

Dessarte, infere-se que as declarações prestadas pela vítima e pela testemunha, sem tropeços ou contradições, foram harmoniosas e afinadas com as demais provas coligidas aos autos, notadamente o laudo pericial papiloscópico (fls. 8/20), que concluiu que “O **fragmento de impressão papilar** sob n.º 359608 coincide com o datilograma do dedo **mínimo esquerdo** do candidato registrado no sistema **AFIS** ... em nome de **RAFAEL DE JESUS RIBEIRO RG/SP n.º 52317417-2**” permitindo extrair elementos suficientes para comprovação da autoria e materialidade do crime de furto imputado ao réu.

Presentes todos os elementos descritivos do tipo penal incriminador, o *animus furandi*, pelo *modus operandi* e o *animus rem sibi habendi*, além de não impugnado satisfatoriamente o elemento normativo, o desate condenatório, na ausência de justificativa ou dirimente é de rigor.

Assim, tem-se bem reconhecida a qualificadora referente ao rompimento de obstáculo à subtração da coisa “*consubstancia-se na conduta do agente que destrói ou rompe obstáculo à subtração da coisa, vale dizer, na sua atuação sobre qualquer empecilho material a essa subtração, pelo que não há razão lógica ou legal para se fazer distinção entre o obstáculo externo e o inerente à própria coisa, pois ambos têm a mesma finalidade*” (RJDTACrimSP, 5/102).

Na hipótese *sub judice*, o laudo pericial de fls. 29/37, ofereceu informações importantes por meio do qual o Sr. Perito Criminal constatou: “**danos**”:

“(...) Já na porção da fechadura da porta envidraçada, foram observados danos por atritamento levando a crer também que o autor teria utilizado de arrombamento para lograr êxito no ingresso ao interior da edificação, figura 7 e 8. (...)”, assim, bem demonstrada a qualificadora em comento.

Inatacável ainda, a incidência da qualificadora do concurso de agentes, eis que o *concursum delinquentium* foi demonstrado à saciedade, notada a pluralidade de agentes, a unidade de crimes, o relevante comportamento de cada um dos agentes, e o vínculo subjetivo, como observa Alberto Silva Franco: *“cada coautor é um autor e, por isso, deve apresentar as características próprias de autor. Isto significa que o co autor é 'aquele autor que tem o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem um plano comum e uma distribuição de funções na realização de mútuo acordo' (Juan Bustos Ramirez, ob. cit., p. 331). Destarte, embora as contribuições dos coautores para a concretização do fato criminoso possam materialmente variar, o resultado total deve ser debitado a cada um.”* (Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial vol. 1 Tomo I Parte Geral 6ª ed Alberto Silva Franco e outros SP:RT-1997, p. 447). Nesse sentido: TJSP: *“Quem emprega qualquer atividade para a realização de evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, segundo a teoria monística que o nosso Direito Penal perfilhou”* (RT 558/309).

No mesmo sentido, para elucidar: *“Simples anuência a empreendimento criminoso ou a mera ajuda, ainda que sem participação direta na conduta criminosa, com vistas ao sucesso da atividade delinquencial de outrem, basta ao reconhecimento de co-autoria”* (TACRIM/SP AC Rel. ONEI RAPHAEL JUTACRIM 31/395).

Por sua vez, a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno – devidamente descrita na denúncia e confirmada pela vítima e pela testemunha - objetiva combater a criminalidade durante o período de maior vulnerabilidade social, já que a chance de consumação delitiva aumenta significativamente no momento em que boa parte da população ordeira está dormindo.

Tendo o crime sido praticado à 1h15min, em horário de especial proteção, quando, como dito, arrefecida a vigilância pelo particular e pelo Estado,

presente a causa de aumento de pena.

O repouso noturno é conceituado como sendo “(...) o período que medeia entre o início da noite, com o pôr do sol, e o surgimento do dia, com o alvorecer.” (Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Anotado, Forense, 14ª ed. 2013, p. 829).

Nesse sentido, continua **Guilherme de Souza Nucci**, in Código Penal Anotado, Forense, 14ª ed., p. 830, conforme decisões colecionadas: “STJ: “Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, é suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, sendo irrelevante o fato de que o crime tenha sido cometido em estabelecimento comercial que se encontrava fechado. Precedentes” (REsp 1.191.065 – MG, 5ª T., rel. Gilson Dipp, 17.04.2012, v.u.)”. (...) “Para considerar-se a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, basta que o furto tenha ocorrido durante o período do repouso noturno, sendo irrelevante se a vítima estava ou não em repouso. 2.1 Da mesma forma, **irrelevante é o local onde ocorreu o furto**, pois o tipo penal tutela o patrimônio que, durante a noite, torna-se mais vulnerável, dada a carência de vigilância.” (Ap. 2007 03 1 002152-5 – DF, 1ª T.C., rel. João Egmont, 22.07.2010, v.u.)”.

Ainda: “Através da figura do furto noturno procurou o legislador reforçar a tutela jurídica à propriedade, perante a maior facilidade que tem o agente em sua empreitada, por encontrar-se a “res” em situação menos defensável. Não visou a lei proteger o sono ou a integridade física da vítima; e, assim, o simples fato de ser a subtração praticada na calada da noite basta ao reconhecimento da majorante” (TACRIM-SP – AC – Rel. **GONZAGA FRANCESCHINI**). Da mesma maneira: “Praticado o crime de furto durante o tempo que é, pelos costumes sociais, destinado ao repouso noturno, incide a agravante do § 1º do art. 155” (STF – RE – Rel. **RAFAEL MAYER** – RT 600/459-461 e RTJ 114/1.214).

Isto posto, não obstante o entendimento deste relator no sentido da compatibilidade entre o furto qualificado e a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 155, § 1º, do Código Penal, rende-se ao posicionamento explanado pela Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que estabeleceu, em

sede de recurso repetitivo - Tema 1.087, que a causa de aumento aplicada ao crime de furto praticado durante o período noturno não incide na forma qualificada do delito, nos termos da ementa abaixo colacionada:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. FURTO. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULATÓRIO. REEXAME DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda que reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adéquem à possibilidade de evolução de entendimento.
2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP.
3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade.
4. Tese jurídica: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º).
5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.891.007/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 27/6/2022).

Dessa forma, necessário o afastamento da causa de aumento

prevista no artigo 155, § 1º, do Código Penal.

Assim, restou evidenciada a prática do crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculos e mediante concurso de agentes, condutas que se subsomem às descritas no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, a MM.^a Juíza *a quo*, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, atenta à presença de uma qualificadora, aos maus antecedentes ostentados pelo réu (fls. 136/140 – dos autos originários) e à personalidade desvirtuada e voltada para a prática de crimes, fixou a pena-base acrescida de 1/6 (um sexto), em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Nesse ponto, razão não assiste a i. Defesa quando pleiteia o redimensionamento da pena-base aplicada.

Inicialmente como bem ensina o Professor Guilherme de Souza Nucci, “*No caso do furto, a presença de uma única circunstância qualificadora, dentre as quatro possíveis (§ 4º do art. 155), já proporciona a aplicação de, pelo menos o dobro da pena.*” (NUCCI, Guilherme de Souza – *Individualização da pena*, 8ª edição, editora Forense, 2022, p. 92).

Uma vez tratando-se de furto duplamente qualificado uma das qualificadoras deverá ser utilizada para qualificar o crime e a outra, poderá ser valorada como agravante na segunda etapa, como ocorre na espécie.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“DIREITO PENAL. APELAÇÃO (MP E DEFESA). FURTOS QUALIFICADOS. CONSUMADO E TENTADO. DOSIMETRIA E REGIME PRISIONAL. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

1. Apelante Diego condenado à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 45 dias-multa e Apelado Alef condenado à pena de 2 anos, 8 meses e 20 dias de

reclusão, e ao pagamento de 34 dias-multa, como incursos no art. 155, § 4º, II e IV, por duas vezes, uma delas c/c art. 14, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, por terem, agindo em concurso e com unidade de propósitos, mediante fraude, subtraído para si, R\$2.000,00 (sacado no caixa eletrônico), e tentado subtrair para si, R\$9.846,33 (referentes a dois empréstimos bancários efetivados, mas não sacados, por circunstâncias alheias à vontade dos agentes), pertencentes à vítima E.S.N.M., substituída a pena privativa de liberdade de Alef, por restritivas de direitos. 2. Recurso ministerial (apelado Alef): (i) majoração da pena diante da segunda qualificadora, (ii) fixação do regime semiaberto, para início do cumprimento da pena, (iii) afastamento da substituição da pena corporal por restritivas de direitos. 3. Recurso da Defesa (apelante Diego): (i) redução da pena-base ao mínimo legal, (ii) aplicação da fração máxima na redução pela tentativa, (iii) abrandamento do regime prisional, (iv) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. A materialidade e a autoria dos crimes foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório, tendo os réus confessado a autoria delitiva. 5. **Reconhecidas duas qualificadoras do furto, uma delas foi utilizada para a definição do furto qualificado e a outra como agravante**, já satisfeito, neste ponto, o recurso ministerial. 6. Correção da pena mínima de multa, nos termos do art. 49 do CP. 7. A fixação da pena-base insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, que, nesta fase da dosimetria penal, não está vinculado a um critério aritmético específico, devendo apenas atentar-se à proporcionalidade e à razoabilidade da reprimenda (STJ. AgRg no HC n. 577.284/PB). No caso dos autos, a pena-base do apelante Diego foi fixada com excessivo rigor, tendo sido reduzido o percentual para 1/6, para cada circunstância judicial do art. 59 do CP. 8. A fração para a diminuição da pena em decorrência da tentativa deve ser determinada de maneira

inversamente proporcional ao "iter criminis" percorrido (STJ. HC 226359/DF). No caso em apreço, os réus já haviam conseguido fazer os empréstimos na conta da vítima e só não conseguiram efetuar o saque em dinheiro diante da diligente intervenção da Polícia. 9. Diante da pena final e consideradas duas circunstâncias judiciais (consequências do crime e personalidade altamente desvirtuada: "eis que responde por estelionato ocorrido em 10/09/2022, praticado em circunstâncias semelhantes, igualmente por meio de golpe em agência bancária (26ª VC) e, recentemente, foi condenado por roubo majorado, com sentença já confirmada em grau de recurso e respondia ao processo em liberdade, sendo agraciado com liberdade provisória em 16/07/2023 (17ªVC), quando voltou a delinquir em menos de cinco meses") com relação ao apelante Diego o regime prisional deve ser o semiaberto, não sendo cabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos do art. 33 e art. 44 do CP, 10. Quanto ao apelado Alef, mantidos o regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos da r. sentença de primeiro grau. 11. Recurso ministerial desprovido. 12. Recurso defensivo do apelante Diego parcialmente provido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1534987-80.2023.8.26.0228; **Relator Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 13ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/03/2025; Data de Registro: 20/03/2025).

Outrossim, importa notar que irrepreensível os maus antecedentes ostentados pelo réu, reconhecidos na r. sentença.

Verificada condenação anterior transitada em julgado, alcançada pelo prazo depurador de 05 anos, deve ser reconhecida como maus antecedentes, sendo, portanto, fundamento idôneo para se fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Nesse sentido decisão recente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. ADOÇÃO DO SISTEMA DA PERPETUIDADE PELO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.818/SC (Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 31/8/2020), em regime de repercussão geral, firmou tese no sentido de que "não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal".

- Nesse contexto, não há falar em flagrante ilegalidade no desvalor atribuído aos antecedentes criminais do agravante e, em consequência, encontra-se suficientemente motivada a exasperação da pena-base.

- A despeito de o registro criminal anterior do agravante ser antigo, fato é que esta Corte Superior, no exame dos fundamentos alegados no cálculo da pena, procura não se imiscuir no juízo de mérito dos magistrados das instâncias ordinárias, apenas afastando razões sem respaldo legal, o que não é caso dos autos, tendo em vista que o Código Penal vigente adotou o sistema da perpetuidade para os registros criminais configuradores dos maus antecedentes.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 655.793/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe

19/04/2021)

Registre-se que recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 593818, com repercussão geral reconhecida (Tema 150) fixar a seguinte tese: "*Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*". (RE 593818, Relator: MIN. Roberto Barroso, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020).

No mais, respeitado o entendimento da d. Magistrada sentenciante, a personalidade do agente não pode ser confundida com os maus antecedentes criminais, circunstância já valorada nesta fase, acarretando evidente *bis in idem*, portanto, *d.m.v.*, inexistem nos autos elementos aptos a sugerir a personalidade do réu como circunstância desabonadora. Nesse sentido: "*A personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada no contexto do art. 59, separadamente. Por isso, é imprescindível cercar-se o juiz de outras fontes, tais como testemunhas, documentos, etc., demonstrativos de como age o acusado na sua vida em geral, independentemente de acusações no âmbito penal. Somente após, obtidos os dados, pode-se utilizar o elemento personalidade para fixar a pena justa*". (Código Penal Comentado, 24ª Edição, 2024, Ed. Forense, p. 391).

Todavia, tendo em vista o fato de o furto ter sido praticado em período noturno, elevando sobremaneira o grau de reprovação do injusto penal, o incremento permanece inalterado.

Ressalta-se, que: "*Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas as circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. Todavia, instalou-se na prática forense o raciocínio equivocado pelo qual a pena-base equivale à pena mínima, o que não se compactua com o espírito da legislação penal.*" (MASSON, Cleber Rogério – Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – 4ª ed. – São Paulo: Método, 2011, p. 628).

Oportuno realçar, também, que o "*legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a*

critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado” (HC 283.706/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida a reprimenda como lançada.

Na segunda etapa, não verificadas circunstâncias atenuantes, a MM.^a Juíza *a quo*, considerando a existência de uma qualificadora remanescente, não considerada na primeira fase dosimétrica, majorou a reprimenda em 1/6 (um sexto), fixando-a em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal.

Nesse ponto, cumpre destacar que: *“Havendo pluralidade de qualificadoras, utiliza-se uma delas para justificar o tipo penal qualificado, podendo as demais serem empregadas na segunda fase de aplicação da pena, como agravantes”* (AgRg no HC 592.265/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020).

Ainda na segunda etapa, diante da reincidência ostentada pelo réu (fls. 139 – dos autos originários - Processo n.º 1522880-09.2020.8.26.0228 – trânsito em julgado em 15/12/2020), a pena foi exasperada em 1/6 (um sexto), perfazendo 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 03 (três) dias de reclusão, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, tornou-se a reprimenda definitiva tal como lançada na fase anterior.

Por fim, bem-marcado o regime inicial fechado, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. artigo 59, inciso III, todos do Código Penal, considerando-se os maus antecedentes e a reincidência ostentados pelo réu, a obstarem, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 44 e 77 do Código Penal.

Nesse sentido, já se manifestou esta Colenda Câmara de Direito

Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. **Furto qualificado** pelo concurso de agentes e pela escalada. Sentença condenatória. Insurgência da defesa versando, exclusivamente, sobre as penas aplicadas. Réu confesso. Na primeira fase do cálculo, três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu resultaram na fixação da basilar acima do mínimo. Condenação definitiva anterior que caracteriza mau antecedente, uma das qualificadoras valorada como circunstância do crime e o fato do delito ter sido praticado durante o repouso noturno enquadrado como culpabilidade exacerbada. Reparo quanto ao critério da majoração. Aumentos que devem incidir sobre a pena mínima. Teoria do "termo médio" não prevista na legislação penal e, portanto, afastada. Na segunda fase, acertada a compensação integral entre a reincidência e a confissão. Circunstâncias igualmente preponderantes. Ausentes majorantes e minorantes a serem consideradas na derradeira etapa. **Regime fechado mantido, pois o réu é reincidente e possui maus antecedentes.** Ausentes os requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal. Pena de multa mantida. Pena de reclusão diminuída. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”□

(TJSP; □Apelação Criminal 0001957-52.2022.8.26.0297;
Relatora: □**Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jales - □2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/11/2024; Data de Registro: 18/11/2024 – g.n.)

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator