



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000307448

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500426-15.2024.8.26.0545, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante WAGNER DE SOUZA, 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: **afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. 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 9505

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1500426-15.2024.8.26.0545

Apelante: Wagner de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Bragança Paulista

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto duplamente qualificado (artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal). Preliminar. Nulidade das provas obtidas mediante atuação da guarda municipal. Prisão em flagrante. Ofensa a preceito Constitucional não verificado. Preliminar afastada. Sentença condenatória. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos da representante da empresa vítima e dos agentes de segurança. Dosimetria mantida. Qualificadoras bem demonstradas. Maus antecedentes ostentados pelo réu que justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Regime semiaberto mantido. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wagner de Souza contra a r. sentença (fls. 225/233) em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo, como incurso no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Em suas razões recursais (fls. 261/282), o apelante arguiu, preliminarmente, a nulidade das provas encartadas aos autos, posto que obtida por meio de atuação ilegal da guarda municipal. No mérito, pugnou por sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu o afastamento das qualificadoras, o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal, a fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena e a substituição da pena privativa

de liberdade por restritivas de direitos.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 285/291), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **desprovemento** do apelo (fls. 303/317).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **WAGNER DE SOUZA** foi processado como incurso no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, porque segundo consta na denúncia, no dia 15 de março de 2023, por volta de 3h, no estabelecimento “Kerokeroo”, localizado na Rua Coronel Teófilo Leme, n.º 1.655, Centro, na Cidade e Comarca de Bragança Paulista, agindo em concurso com indivíduo até o momento não identificado, mediante rompimento de obstáculo, subtraiu, para proveito comum, 06 (seis) carregadores de celular, 04 (quatro) frascos de sabonete líquido, 03 (três) perfumes, 02 (dois) reparadores de pontas de cabelo e 02 (dois) pacotes de revistas com 03 (três) unidades em cada um (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 12/13), avaliados em R\$ 1.100,00 (mil e cem reais - auto de avaliação de fls. 90) e a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), pertencentes ao estabelecimento vítima, representado por Eliane Maria Almeida Santos.

Segundo restou apurado, “(...) *na madrugada dos fatos, WAGNER e o outro indivíduo até o momento não identificado, agindo com unidade de desígnios e visando surrupiar patrimônio alheio, mediante rompimento da fechadura e do cadeado da porta da loja, apoderaram-se de 06 (seis) carregadores de celular, 04 (quatro) frascos de sabonete líquido, 03 (três) perfumes, 02 (dois) reparadores de pontas de cabelo, 02 (dois) pacotes de revistas com 03 (três) unidades em cada um, e a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), escondendo-os no interior de uma mochila e evadindo-se do local.*

Acionados pela central de monitoramento da Guarda Municipal e cientes das características dos furtadores (fls. 19/20), guardas municipais lograram êxito em localizá-los na Praça da Bíblia. Ao visualizar os guardas, o indivíduo ainda não identificado, que vestia uma blusa preta, jogou a mochila que carregava e conseguiu se evadir. WAGNER, que trajava uma camiseta com o número 7 nas costas e boné preto, foi detido, carregando um lençol no qual levava os produtos de perfumaria. Dentro da mochila dispensada, foram encontrados os carregadores de

celular e as revistas. WAGNER confessou a subtração, dizendo que não conhecia o outro indivíduo, mas fora convidado por ele para ajudá-lo.

Preso e conduzido à Delegacia de Polícia, WAGNER, em seu interrogatório, negou os fatos, dizendo que apenas emprestou sua mochila para o outro indivíduo (fls. 05). A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (fls. 70/72). (...)”.

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, cumpre afastar a preliminar arguida pela D. Defesa.

No presente caso não se verifica qualquer infringência ao disposto nos artigos 144, da Constituição Federal e 301 do Código de Processo Penal, devendo ser afastada a alegação de inconstitucionalidade da atuação da Guarda Civil Municipal e de ilegalidade das provas obtidas através da atuação dos agentes de segurança.

Não obstante a função constitucional das guardas municipais ser restrita à proteção dos bens, serviços e instalações dos entes municipais, não se avista irregularidade alguma na ação que culminou na prisão em flagrante do réu, pois disciplina o Código de Processo Penal, no art. 301, que “*Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.*”

Na hipótese dos autos, o réu não foi abordado aleatoriamente pelos guardas municipais. A abordagem se deu, inicialmente porque os agentes de segurança foram acionados pelo setor de monitoramento da Guarda Municipal, que indicou as características de dois indivíduos desconhecidos que praticavam um furto em um estabelecimento comercial, e durante o deslocamento com a viatura, já avistaram os dois indivíduos, sendo que um deles empreendeu fuga, dispensando uma mochila contendo carregadores e revistas, enquanto o apelante foi abordado, trazendo consigo um lençol e produtos de perfumaria, que posteriormente foi confirmado tratarem-se todos de produtos oriundos do furto do referido estabelecimento.

Em situação análoga à analisada nestes autos, o Superior Tribunal

de Justiça, já decidiu: “(...) *'conforme jurisprudência consolidada desta Corte Superior, não há falar em ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas civis municipais. Consoante disposto no art. 301 do CPP, 'qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito'* (AgRg no HC n. 748.019/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022). (...)” (AgRg no HC n. 732.936/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022.)

Em reforço, *mutatis mutandis*, “Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, **não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes**” (RHC 94.061/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/4/2018 – g.n.).

Assim, considerando que o apelante foi encontrado logo após o cometimento da infração, em posse da *res furtiva*, ainda vigente o estado de flagrância, motivo pelo qual não se verifica erro procedimental a ser corrigido, afastando-se a alegação de violação dos artigos em comento.

Desse modo, afastada a preliminar, passa-se a análise do mérito do recurso interposto.

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 auto de prisão em flagrante (fls. 1 e 2), termos de depoimento (fls. 3 e 4), boletim de ocorrência (fls. 7/10), auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), fotografias (fls. 19, 20, 39, 40 e 43), termo de declarações (fls. 88), auto de entrega (fls. 89), auto de avaliação (fls. 90), relatório final (fls. 93/94), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

A autoria delitiva, igualmente, é inconteste, tendo em vista as declarações prestadas pelas testemunhas Clayton Titanelli e Ivanildo Almeida Martins, guardas civis municipais responsáveis pela prisão em flagrante do apelante e pela representante da empresa vítima Eliane Maria Almeida Santos (fls. 3, 4, 88 e

172 – mídia audiovisual).

A representante da empresa vítima Eliane Maria Almeida Santos, ouvida apenas durante o inquérito policial (fls. 88) – particularidade que não causa espanto ou irregularidade, consoante dispõe o art. 201 do Código de Processo Penal -, reforçou a ocorrência do crime, marcou o elemento normativo e disse sobre as circunstâncias, que “(...) *a loja possui sistema de segurança, mas na ocasião do furto, o alarme não funcionou. Acrescentou que além dos objetos, os quais foram recuperados, também foi subtraída a quantia de R\$ 400,00, que estava no caixa. Mencionou que a res compreendia peças de celular, perfumes e mochilas, totalizando um prejuízo de R\$1.500,00. Acrescenta que a porta da empresa também restou danificada pela ação dos meliantes, uma vez que estouraram a fechadura e cadeado. (...)*”.

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.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente desta C. 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 – g.n.).

No mais, adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo pela douta Magistrada sentenciante (fls. 229/230), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) O guarda municipal Claiton Titanelli afirmou que estavam em patrulhamento na região dos fatos, quando comunicados sobre o furto de uma loja, situada próxima à praça da Bíblia. Foram passadas as características de dois indivíduos, sendo um deles com uma camiseta com o número '07' nas costas e um boné preto, ao passo que o outro estava com uma blusa preta. Em patrulhamento, chegaram na região da Praça da Bíblia e

avistaram dois indivíduos com as mesmas características. Ao notarem a aproximação da viatura, o acusado jogou uma mochila e saiu correndo, mas conseguiram alcançá-lo. Em sua mochila havia carregadores. Acrescentou que o acusado também estava na posse de um lençol, que envolvia os pertences de perfumaria e pacote de revista da loja. Quando indagado a respeito, o acusado alegou que não conhecia o outro indivíduo, e que apenas o estava auxiliando. A distância do estabelecimento vítima até o local em que o acusado foi detido compreendia entre 50 e 100 metros. Os fatos se deram de madrugada. O depoente chegou a visualizar as filmagens no local dos fatos e constatou, de forma nítida, a ação de furto praticada pelo acusado e outro comparsa. Mencionou que a loja possui portas de vidro, e que estavam arrombadas.

O guarda municipal Ivanildo Almeida Martins prestou depoimento semelhante ao seu colega. Informou que foram acionados pela Central de Monitoramento da Municipalidade, uma vez que foi constatado, através das imagens do local dos fatos, dois indivíduos adentrando um estabelecimento comercial, ocasião em que subtraíram alguns objetos. Foram passadas as características dos meliantes. Ao diligenciarem nas proximidades do estabelecimento, na praça da Bíblia, se depararam com os dois indivíduos. Ao avistarem a viatura, um deles se evadiu do local, mas o acusado foi detido. Na abordagem, com o acusado foram localizados alguns produtos, envoltos no lençol e também na mochila que ele portava. Quando indagado a respeito, o acusado disse ter sido chamado pelo comparsa para que o ajudasse a separar os objetos. O outro indivíduo não foi encontrado. A distância do estabelecimento até a praça da Bíblia é de aproximadamente 100 metros. Os fatos se deram de madrugada e só tinha os dois indivíduos no local. Mencionou que, após a comunicação do furto, levaram apenas alguns minutos para abordarem o acusado. Por fim, disse que nas imagens fornecidas

pelo sistema de monitoramento, era possível visualizar os dois meliantes atrás de uma banca de jornal, separando objetos. Em seguida, eles se dirigiam à loja e retornavam. A ação delitiva se repetiu por três vezes (...)”.

Outrossim, importa anotar não existir motivos para colocar em dúvida a credibilidade da palavra dos guardas civis municipais, pois consonante com os demais elementos de prova contidos nos autos, não existindo fatos concretos que indiquem a intenção dos agentes públicos em prejudicarem o réu.

De acordo com o entendimento sedimentado da jurisprudência, o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, seus depoimentos incrédulos ou desprovidos de confiança, mormente, quando colhidos sob o crivo do contraditório e apoiado em outras provas dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente desta C. Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Preliminares de inépcia da denúncia e de nulidade do flagrante efetivado por **guardas civis municipais** afastadas - Mérito - Autoria e materialidade do delito comprovadas - **Depoimento do agente público firme, coerente e sem desmentidos** - **Ausência de motivos para dúvidas acerca da veracidade de suas palavras** - Circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Conjunto probatório suficiente para manter a condenação pelo tráfico - Pena, no entanto, reduzida na primeira e na terceira etapas do cálculo dosimétrico, pela incidência do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas - Viável, ainda, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa; estabelecido o regime prisional inicial aberto, na hipótese de conversão da benesse - Recurso parcialmente provido”. (TJSP; Apelação 1500813-09.2019.8.26.0544; Relator: Nelson Fonseca Júnior, Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cajamar - Vara Única; Data do Julgamento: 11/09/2023, g.n.).

Aliás, os depoimentos dos agentes de segurança constituem meio idôneo a corroborar o conjunto probatório e ainda embasar o decreto condenatório, conforme já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça: *“O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo, podendo embasar a condenação do réu. Assim, por exemplo, as declarações dos policiais militares responsáveis pela efetivação da prisão em flagrante constituem meio válido de prova para condenação, sobretudo quando colhidas no âmbito do devido processo legal e sob o crivo do contraditório. A defesa pode demonstrar, no caso concreto, que as testemunhas não gozam de imparcialidade, sendo, contudo, ônus seu essa prova”*. (STJ. 5ª Turma. HC 395.325/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/05/2017).

Logo, consoante entendimento sedimentado da jurisprudência pátria, o depoimento de agentes de segurança goza de validade e relevante importância probatória, sobretudo quando submetido ao contraditório e em consonância com outras provas existentes no processo, como na espécie.

Os guardas civis descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do recorrente.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminarem injustamente o réu, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção da Magistrada.

O apelante por sua vez, nas duas fases da persecução penal, sem sucesso, negou a prática delitiva. Perante a autoridade policial (fls. 5), afirmou que emprestou a mochila para um desconhecido, e que não pegou qualquer objeto, já que todos os pertences que foram encontrados em sua posse, eram de sua propriedade. Em **juízo** (fls. 172 – mídia audiovisual e 229), indicando capacidade moral para delinquir, experiente em figurar no polo passivo de relação jurídica-processual

criminal (fls. 62/69), voltou a negar os fatos narrados na denúncia, todavia alterou a versão inicialmente apresentada, assim dizendo *“estava na casa da sua irmã e saiu para comprar cigarro. Na ocasião, acabou vendendo sua mochila para um rapaz desconhecido. A sua mochila estava vazia. Logo após, foi abordado pelos guardas. Acrescentou que não tinha conhecimento de que o comprador de sua mochila tinha praticado 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 álibi, como lhe competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal. Os argumentos trazidos de que emprestou a mochila para um desconhecido, de que não furtou nada e de que estava na casa de sua irmã na data dos fatos não convencem. Inicialmente as versões apresentadas no inquérito policial e em juízo são divergentes. No mais não se pode olvidar que o réu foi encontrado em posse de parte da *res furtivae*, e a irmã, da qual afirma estar em sua residência na data dos fatos, sequer foi ouvida ou arrolada como testemunha.

Outrossim, o réu foi preso em flagrante minutos após o acionamento dos guardas civis, trajando as mesmas roupas do indivíduo captado pelas câmeras de monitoramento (fls. 19/20 e 43).

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 comprometedor 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 representante da empresa vítima e pelos agentes de segurança, sem tropeços ou contradições, foram harmoniosas e afinadas com as demais provas coligidas aos autos, notadamente as imagens de câmeras de monitoramento (fls. 19/20) e os laudos periciais acostados aos autos (fls. 204/208 e 209/211).

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 ofereceu informações importantes, em consonância com as descrições do *expert* (fls. 204/208), segundo as quais: *"(...) Durante os exames foi possível constatar arrombamento na fechadura da porta de vidro, à guisa de alavanca, com uso de instrumento alongado conforme marcas deixadas, gerando danos e deslocamento da fechadura, proporcionando a possibilidade de sua abertura de fora para dentro. (...) "*, 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).

Assim, não há falar em afastamento das qualificadoras empregadas para qualificar o delito, eis que demonstradas de forma robusta através dos laudos periciais e das provas orais.

Logo, 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 duas qualificadoras e aos maus antecedentes ostentados pelo réu (fls. 62/69), fixou a pena-base acrescida de 1/4 (um quarto), em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Nesse ponto, calha sublinhar que duas são as qualificadoras bem demonstradas sob o crivo do contraditório – rompimento de obstáculos e concurso de agentes - fato que distingue o crime de que se trata de outros de mesma natureza e espécie, que contam com apenas uma qualificadora. Nesse sentido: *“As circunstâncias de um furto qualificado sob a égide de duas qualificadoras são mais graves que as cometidas sob o manto de uma única, de modo que o autor de um furto biqualeficado não pode receber o mesmo tratamento, no que diz respeito à fixação da pena-base, do que o autor de um furto unqualificado”* (TACRIM-SP. AC. Rel.: ALMEIDA BRAGA. RJD 24/225). No mesmo sentido, *mutatis mutandis*: *“Como*

*tenho reiteradamente decidido, a **biquificação** do delito - e, com maior razão, a triqualificação do crime -, por maior reprovabilidade da conduta, a exigir resposta mais aguda do Juiz Criminal e para que não se igualem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização da pena, autoriza como de resto vem decidindo majoritariamente esta C. Corte, na conformidade, aliás, com o sufrágio da C. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal à aplicação de fração superior à mínima de um terço” (TJESP, Apelação Criminal nº. 0013467-74.2009.8.26.0602, Relator Exmo. Des. **SOUZA NERY**, julgado em 11.8.2011).*

Assim, irrepreensível a fixação da pena-base acima do mínimo legal, uma vez que tratando-se de furto biquificado; uma das qualificadoras deverá ser utilizada para qualificar o crime e outra, valorada como circunstância judicial negativa.

Neste sentido é a jurisprudência desta C. Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Furto qualificado por concurso de agentes e rompimento de obstáculo. Sentença condenatória. Insurgência da defesa restrita à reprimenda aplicada. Não acolhimento. Pena-base acertadamente majorada em dobro. Exasperação bem fundamentada, baseada nas circunstâncias concretas do delito, como o preparo e profissionalismo na execução, com a utilização de uniformes de empresa de telefonia. **Comprovação das duas qualificadoras, sendo uma delas utilizada como circunstância judicial desfavorável.** Delito que causou expressivo prejuízo financeiro à empresa-vítima. Regime inicial fechado mantido. Reincidência do réu e presença de circunstâncias judiciais negativas. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, §3º, do CP. Medida socialmente não recomendável. Crime anterior cometido com violência ou grave ameaça. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1533192-30.2019.8.26.0050;

Relatora: Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito

Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 17ª Vara Criminal;
Data do Julgamento: 01/10/2024; Data de Registro: 01/10/2024 –
g.n.).

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 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).

Ressalta-se, ainda 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 e terceira fases, ausentes causas modificadoras da pena, a sanção se manteve inalterada.

O regime semiaberto foi fixado de forma benéfica, porquanto a presença dos maus antecedentes ostentados pelo recorrente justificariam regime mais severo, consoante o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, inciso III, do Código Penal, entretanto, mantém-se o raciocínio adotado na origem, na ausência de recurso ministerial.

Claro, pois, que regime mais brando não se mostra suficiente, uma vez que os mecanismos de prevenção e repressão do Estado não são aptos a demover o apelante do impulso criminoso.

Nesse passo, não obstante os argumentos da combativa Defesa, entende-se incabível a imposição de regime mais ameno, mostrando-se necessário o cumprimento de mais uma etapa de ressocialização.

Por fim, pelas razões já expostas, reconhecidos os maus antecedentes ostentados pelo réu, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta de preenchimento de requisito subjetivo (art. 44, inciso III, do Código Penal).

A respeito, destaca-se precedente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO DEFENSIVA. **FURTO QUALIFICADO** PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (1) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (2) PALAVRAS DA VÍTIMA E DE AGENTES PÚBLICOS VÁLIDAS E COESAS COM AS PROVAS DOS AUTOS. (3) RÉU QUE CONFESSOU A PRÁTICA DO CRIME. VALIDADE. (4) QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO COMPROVADA. (5) CRIME DE FURTO CONSUMADO. (6) FUNDAMENTAÇÃO "PER

RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (7) DOSIMETRIA. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS. (8) RECONHECIDA A CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA AMPARAR A CONVICÇÃO DO JUÍZO. VALIDADE. SÚMULA N. 545, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (9) REGIME SEMIABERTO É O QUE MELHOR SE AJUSTA AO CASO DOS AUTOS. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS. (10) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU "SURDIS". (11) PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DEFENSIVO.

(...) 11. Regime prisional estabelecido no semiaberto pelo Juízo "a quo", mercê das circunstâncias judiciais desabonadoras. **A jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais gravoso para o réu que ostente circunstância judicial negativa (caso dos autos)** ou seja reincidente. Precedentes do STF (HC 217.347 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022; RHC 213.544 AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022; HC 216.154 AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022; RHC 210.394 AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022) e do STJ (AgRg no HC 740.038/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022; AgRg no HC 604.483/SP – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020). **12. Impossibilidade de**

substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, III, do Código Penal. Também descabe a aplicação do "sursis", segundo previsão do art. 77, II, do mesmo Estatuto repressor. 13. Recurso defensivo parcialmente provido.”

(TJSP; Apelação Criminal 0000544-05.2017.8.26.0030; **Relator Airton Vieira**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Apiaí - Vara Única; Data do Julgamento: 09/09/2024; Data de Registro: 09/09/2024 – g.n.).

Ainda sobre o tema: “(...) *O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, que não se encontram preenchidos no caso em exame, porquanto mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão (...)*” (HC n. 366.096/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 7/11/2016).

Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência:

“Habeas corpus. Substituição da pena. Requisitos objetivos e subjetivos. **Art. 44 do CP. Presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.** Lastro factual idôneo. Quadro empírico da causa. Ordem indeferida.

1. A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo.
2. Em matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, penhor de status civilizatório dos povos, tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes.
3. Não há ilegalidade ou abuso de poder se, no trajeto da aplicação da pena, o julgador explicita, coerentemente, os motivos de sua decisão. O inconformismo da impetrante com a impossibilidade de substituição da reprimenda não é suficiente para indicar a evidente

falta de motivação ou de congruência dos fundamentos da pena afinal fixada.

4. O quadro empírico da causa **impede a** imediata **substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos**. Isso porque o paciente **não preenche o requisito subjetivo de que trata o art. 44 do CP**. Inexistência de afronta às garantias constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais (inciso XLVI do art. 5º e inciso IX do art. 93 da CF). 5. Ordem denegada”.

(STF, HC n. 103.824, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Data do Julgamento: 05.10.2010 - g.n).

Diante de tais considerações, afastada a preliminar, **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