



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000343913

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501974-05.2024.8.26.0536, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante DIEGO MONTINGELI ROCHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

EDISON BRANDÃO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501974-05.2024.8.26.0642

Origem: 1ª Vara Criminal/Praia Grande

Magistrado: Dr. Eduardo Ruivo Nicolau

Apelante: **DIEGO MONTINGELI ROCHA**

Apelado: Ministério Público

Voto nº 52022

APELAÇÃO – TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO E POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL – Recurso defensivo visando o afastamento da qualificadora da escalada, a redução da reprimenda e a fixação de regime diverso do fechado – Qualificadora bem demonstrada – Réu que é reincidente e possuidor de maus antecedentes – Pena e regime prisional bem fixados, não comportando alteração nesta Sede – Recurso desprovido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 147/150, que condenou **DIEGO MONTINGELI ROCHA** à pena de 02 anos, 04 meses 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 11 dias-multa, bem como pena de advertência sobre os efeitos nocivos das drogas, como incurso nos arts. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, e 28, caput, da Lei nº 11.343/06, cc. art. 69 do Código Penal.

Inconformado, apela o réu, pleiteando (i) o afastamento da qualificadora da escalada; (ii) a redução da pena-base; (iii) a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência; (iv) a incidência da fração máxima prevista para a tentativa; e (v) fixação de regime diverso do fechado (fls. 162/173).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 179/185), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 202/208).

É o relatório.

Decido.

Verifica-se que a defesa não trouxe argumentos voltados a criticar a decisão recorrida no que respeita ao juízo condenatório nela contido, limitando-se a questionar a dosimetria da pena e a fixação do regime inicial fechado.

Efetivamente, não remanesce dúvida alguma quanto à autoria e à materialidade da infração praticada, as quais exsurgem claramente das provas orais e materiais trazidas ao processo.

As questões a serem apreciadas, portanto, restringem-se ao cálculo da reprimenda e ao regime fixado para o início do cumprimento da pena corporal

Em que pese o esforço da defesa, é forçoso concluir que a pena foi dosada mediante boa ponderação dos critérios legais.

Vejamos.

Em primeiro lugar, não cabe afastar a qualificadora relativa à "escalada", a qual restou devidamente comprovada com o laudo de exame pericial do local dos fatos (fls. 122/126), bem como pelos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação, restando evidenciado que o imóvel objeto do furto era cercado por "muro, grade e

portão" (fl. 124), sendo que o local objeto da escalada consistia em um muro "medindo aproximadamente 4,2 metros" (fl. 125).

No mesmo sentido, bem destacou o i. Procurador de Justiça oficiante no judicioso parecer de fls. 202/208 que *"resta comprovado que o acesso ao terreno se deu mediante escalada, único meio capaz de se acessar o terreno em questão, mormente porque em audiência o denunciado confirmou que pulou o muro da escola."* (fls. 204/205).

Nessas condições, não pairam dúvidas quanto à caracterização da qualificadora em comento, porquanto evidenciada a necessidade de emprego de esforço incomum para superar os obstáculos acima mencionados.

A reprimenda também não comporta reparos.

Na primeira fase, a pena-base restou fixada em 1/3 acima do respectivo mínimo legal (02 anos e 08 meses de reclusão e 13 dias-multa), tendo em vista os maus antecedentes do réu (cf. certidão de execução criminal de fls. 43/47) e a circunstância de o furto ter sido praticado durante o repouso noturno.

A esse respeito, cabe registrar que, embora não caiba aplicar a majorante do "repouso noturno" às figuras qualificadas do furto (conforme tese fixada no julgamento do tema de recursos repetitivos nº 1087 do C. STJ), nada impedia que esse aspecto do fato fosse admitido como circunstância judicial desfavorável.

De fato, o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de valoração do "repouso

noturno" como circunstância judicial desfavorável na hipótese de cometimento de furto qualificado, conforme se infere da ementa do seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ARTIGO 155, § 4º, INCISOS I e IV, DO CP. REPOUSO NOTURNO. UTILIZAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I - A decisão agravada está correta, pois observou o entendimento, fixado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no Tema Repetitivo n. 1087, de que "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)" (REsp n. 1.888.756/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª S., DJe 27/6/2022), onde restou admitido, por compreensão majoritária, a possibilidade de a prática do furto durante o período de repouso noturno ser considerada na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP). II - **Assentada a possibilidade de consideração da causa de aumento do repouso noturno como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) quando do cometimento do furto qualificado, verifica-se, da análise do excerto colacionado, que, nesse ponto, a Corte de origem invocou fundamentos para manter a valoração negativa culpabilidade e, por conseguinte, exasperar a pena-base do crime de furto, não se verificando flagrante ilegalidade.** III - Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo para reconhecer o pleito defensivo, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.145.238/TO, relator Ministro

Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.) (g.n.).

Ainda com relação a esse aspecto da r. sentença, não é demais destacar que, em regra, é o juiz da causa a autoridade judicial que reúne melhores condições para avaliar o peso de cada uma das circunstâncias judiciais no caso concreto, dada sua maior proximidade com o processo de produção das provas, visando determinar a quantidade de pena necessária para os fins de prevenção e reparação do delito.

Nesse sentido, aliás, os seguintes precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. PRETENSÃO PELA DETRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. SENTENÇA ANTERIOR À LEI 12.736/2012. ATENUANTE DA CONFISSÃO. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO. DESPROPOR-CIONALIDADE. SANÇÃO REDIMENSIONADA. 1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. (...). (AgRg no REsp 1552325/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO. DOSIMETRIA. RÉU MULTIREINCIDENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL NEGATIVAMENTE VALORADAS. BIS IN IDEM

NÃO EVIDENCIADO. RECIDIVA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...). 2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impõe-se a denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015). (...) 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 303.513/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016)

Quanto à segunda etapa, houve a compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência (cf. fl. 149), com a consequente exasperação de 1/3, resultando a reprimenda em 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e 17 dias-multa.

Nesse ponto não cabe acolher o pleito de compensação integral entre as mencionadas causas de modificação.

De fato, conforme se verifica da certidão de antecedentes criminais juntada às fls. 43/47, a reincidência de DIEGO possui natureza múltipla e específica, incluindo inclusive crimes patrimoniais mais graves (roubo), circunstância essa que impede a compensação total pleiteada, conforme entendimento já pacificado na jurisprudência do C. STJ (Tema nº 585). Confira-se:

"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." (STJ, REsp 1947845/SP, Relator SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. em 22/06/2022, DJE em 24/06/2022).

Nessas condições, de rigor a manutenção da compensação parcial operada na r. sentença recorrida, nos moldes como lançada.

Na terceira etapa, incidiu redução de 1/3 por força da tentativa, resultando a reprimenda, definitivamente, no montante de 02 anos, 04 meses e 13 dias de prisão e 11 dias-multa.

Nesse ponto, não comporta acolhimento a crítica formulada pela defesa quanto à fração adotada na r. sentença para a redução das penas em decorrência dessa causa de diminuição (1/3).

Afinal, a fração eleita encontra respaldo nas circunstâncias do caso concreto, tendo em vista o significativo "iter criminis" percorrido pelo agente, que, além de ter logrado invadir o imóvel objeto da tentativa de subtração, chegou a se apoderar de uma televisão e seis componentes metálicos de mangueiras de incêndio, somente interrompendo a ação delitiva após a chegada de guardas municipais ao local dos fatos.

Como sabido, a posição amplamente majoritária na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que o critério a ser adotado na graduação do redutor do artigo 14, II, do Código Penal é aquele que leva em consideração a maior ou menor aproximação da conduta do agente ao resultado por ele pretendido, isto é, o perigo mais ou menos intenso ao bem jurídico tutelado pela norma de proibição violada.

Nesse sentido é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como se extrai das ementas dos seguintes julgados:

FURTO TENTADO. CONDOTA QUE SE APROXIMOU MUITO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. REDUÇÃO DA PENA EM 1/3. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA. ACÓRDÃO CONSONANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. O acórdão objurgado encontra-se consonante com a jurisprudência desta Corte, que há muito já se firmou no sentido de que o estabelecimento do quantum de diminuição da reprimenda pela tentativa é objetivo, devendo ser levado em consideração a maior ou menor proximidade da conduta ao resultado pretendido pelo agente. 2. Tendo o ora agravado percorrido o iter criminis quase na íntegra, conforme descrito, correto o acórdão atacado que reduziu a pena em razão da tentativa no patamar de 1/3. 3. Conhece-se parcialmente do agravo regimental e, na parte conhecida, nega-se provimento ao recurso. (AgRg no AREsp 564.394/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015)

PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA.

MODUS OPERANDI. ESCALADA. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. (...)
6. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena em razão da tentativa se deu de forma devidamente fundamentada no iter criminis percorrido pelo agente na prática delitiva. 7. A análise do iter criminis percorrido pelo agente demanda indevida incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do habeas corpus. 8. Ordem não conhecida. (HC 222.526/TO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014)

No tocante ao delito de posse de entorpecente para consumo pessoal, restou fixada a pena de advertência sobre os efeitos das drogas, nos termos do inciso I do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

De outra parte, também é de ser mantido o regime fixado para o início do cumprimento da pena corporal (o fechado), considerada a reincidência e os maus antecedentes já mencionados.

Efetivamente, os regimes mais brandos seriam claramente insuficientes para cumprir as exigências preventivas da pena, considerada a inegável propensão do réu à prática de delitos.

Daí mostrar-se impossível a reinserção do réu no convívio social sem que, antes, ele permaneça enclausurado durante tempo maior, apenas merecendo a liberdade quando satisfizer os requisitos correspondentes demonstrar que assimilou a terapêutica penal.

Cabe registrar que o legislador, ao criar o § 3º, do artigo 33, do Código Penal, reservou ao Juiz margem para, à luz do caso concreto, dosar a pena e fixar o regime prisional mais adequado para atendimento dos fins de reprovação e prevenção do crime.

A despeito de não se tratar aqui de delito praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, é forçoso convir que o regime fechado é o único compatível com a personalidade do sentenciado, já que a prática do crime aqui tratado mostra que não surtiram efeito as tentativas anteriores do Estado de amoldar o seu comportamento aos padrões normais de convivência social, demandando que a nova resposta estatal seja agravada.

Em suma, havendo lastro probatório suficiente para embasar a condenação, e tendo o r. juízo "a quo" aplicado reprimenda bem ajustada à espécie e fixado regime prisional adequado, impõe-se o afastamento do inconformismo da defesa.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo, ficando mantida a r. sentença recorrida tal como lançada.

EDISON BRANDÃO

Relator