



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000357711

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500298-58.2024.8.26.0621, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ALEX SOUZA LOPES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento aos apelos interpostos pelo Ministério Público e Defesa, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente) E ELY AMIOKA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1500298-58.2024.8.26.0621

Apelantes/Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo e

Alex Souza Lopes

Origem: 4ª Vara Judicial da Comarca de Guaratinguetá

Voto nº 5.742

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA (ARTIGO 155, §4º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS RECÍPROCOS.

MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. CONFISSÃO DO APELANTE SE AJUSTOU AOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO PRODUZIDOS NO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA DEFENSIVA NESSE ASPECTO. QUALIFICADORAS CARACTERIZADAS E COMPROVADAS. CONDENAÇÃO PRESERVADA.

MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3 – ADOTADA NA ORIGEM –, DIANTE DA PRESENÇA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E MANUTENÇÃO DA PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

DEFESA. PLEITO DE RECONDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL; COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA; ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NA FRAÇÃO DE 1/3 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NESTE ASPECTO. CRIME PRATICADO NO PERÍODO NOTURNO, DUAS QUALIFICADORAS CARACTERIZADAS E ACUSADO OSTENTA INÚMEROS ANTECEDENTES CRIMINAIS. BASILAR

QUE COMPORTA FIXAÇÃO NO PERCENTUAL DE $\frac{1}{2}$ ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 2ª FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA DEVE SER INTEGRALMENTE COMPENSADA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APENAS UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA FOI VALORADA NESTA ETAPA, IMPONDO A OBSERVÂNCIA DA REGRA PREVISTA NO TEMA REPETITIVO Nº 585 DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME PRISIONAL FECHADO NÃO COMPORTA ABRANDAMENTO. INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ARTIGO 44, II E III, DO CP). AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS.

RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Ao relatório da r. sentença (págs. 273/281), proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Walter Emídio da Silva, da 4ª Vara Judicial da Comarca de Guaratinguetá, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Alex Souza Lopes**, qualificado nos autos, foi condenado ao cumprimento de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao artigo 155, §4º, II e IV, do Código Penal.

Irresignadas, as partes apelaram.

O Ministério Público requereu a exasperação da pena-base em fração superior a adotada na origem, considerando que o furto foi praticado durante o repouso noturno, que duas qualificadoras foram reconhecidas, comportando valoração de uma delas na primeira fase do cálculo dosimétrico; pretende, ainda, a preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea (págs. 291/298).

A Defesa, por sua vez, pretende: fixação da pena-

base no mínimo legal; compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea; abrandamento do regime prisional; e, por fim, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (págs. 347/353).

Processados e contrariados os apelos (págs. 310/317 e 359/361), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça para que sejam parcialmente providos, para fixação da pena-base em fração acima da adotada na r. sentença, e compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (págs. 369/377).

É o relatório.

As irresignações comportam parcial acolhimento.

O acusado foi denunciado e processado pelo crime previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos II e IV, do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia (págs. 01/03):

“Na noite do dia 26 de fevereiro de 2024, durante o repouso noturno, na rua Álvares Cabral, nº 241, Campo do Galvão, nesta cidade e comarca de Guaratinguetá, ALEX, agindo em concurso e previamente ajustado com pessoa não identificada, mediante escalada e destreza, subtraiu, para si, diversos objetos e produtos alimentícios pertencentes ao estabelecimento comercial “Buffet Quiosque”, de propriedade de Luciano de Almeida Barreto, avaliados num total de R\$ 760,00 (cf. auto de p. 08/09).

2-). Segundo apurado, valendo-se do avançado da hora e da consequente diminuição de vigilância do local, o denunciado, agindo em concurso com terceira pessoa não identifica, escalou o muro e,

alcançando interior do estabelecimento, passou a, juntamente com seu comparsa, apoderar-se de diversos produtos alimentícios, além de um ventilador, seis baldes de acondicionar gelo, um abridor de vinho tipo saca rolha e outros (cf. fotografias a p. 26 e 52/53), objetos que foram pontualmente relacionados no auto de exibição e apreensão de p. 19/20.

Após a subtração, posicionaram uma mesa junto ao muro que faz divisa com uma casa abandonada e um prédio, pulando para esses imóveis e trazendo com eles os bens subtraídos, parte dos quais foram colocados em mochilas pretas (fotografia a p. 53).

Ocorre que a Polícia Militar foi acionada e os policiais Palandi e Candido, com apoio de outras guarnições policiais, cercaram o local e contataram a vítima.

Luciano rapidamente chegou ao local e franqueou o acesso dos policiais ao interior de seu estabelecimento.

Os milicianos visualizaram uma mesa encostada no muro e, com uma escada, subiram e visualizaram um sujeito escondido no supermercado vizinho e o denunciado escondido na casa desocupada, os quais empreederam fuga.

O comparsa de ALEX conseguiu fugir pelo telhado do supermercado, enquanto o denunciado, após alcançar a via pública, foi perseguido e detido alguns quarteirões depois, ainda no bairro Campo do Galvão.

Indagado, ALEX disse ao policiais que realmente havia subtraído vários produtos alimentícios e também objetos do Buffet, mas se negou a informar a identidade do comparsa.

Os objetos subtraídos, acima descritos, foram localizados no

prédio vizinho, onde funcionava o “Supermercado Máximo”, sendo que nas duas mochilas pretas ainda foram encontradas ferramentas (uma parafusadeira, uma chave de grifo, dois alicates de corte, um alicate de pressão, uma chave de fenda, uma chave de vela, uma chave de estria e um molho de chave). A vítima Luciano ainda deu por falta de duas mesas estilo bistrô, que não foram recuperadas.

3-). Interrogado pela autoridade policial, ALEX preferiu manter-se em silêncio (p. 10)”.

Ao final da instrução criminal, o Ilustre Magistrado *a quo* julgou a ação penal parcialmente procedente e condenou o acusado como incurso nas penas do artigo 155, §4º, II e IV, do Código Penal, ao cumprimento de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 15 (quinze) dias-multa, afastando a causa de aumento de pena prevista no §1º, do artigo 155, do Código Penal.

Pois bem.

Não há dúvidas quanto à materialidade e autoria do crime, tanto que não houve irresignação pelas partes quanto ao mérito da condenação.

A materialidade do crime restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (págs. 04/05 e seguintes); auto de entrega (págs. 08/09); auto de avaliação (págs. 11/12); auto de exibição e apreensão (págs. 22/23); imagem dos bens subtraídos (pág. 55); imagem das mochilas e ferramentas (pág. 56); boletim de ocorrência (págs. 59/62); laudo pericial do local dos fatos (págs. 217/221); bem como pela

contundente prova oral produzida.

E a autoria é igualmente certa.

Com efeito, preso em flagrante e conduzido ao distrito policial, o acusado optou por permanecer em silêncio (pág. 13).

No contraditório, entretanto, admitiu a imputação. Esclareceu que realmente furtou as mercadorias do estabelecimento comercial, justificando que enfrentava dificuldades financeiras; disse que praticou a subtração em concurso com indivíduo, cujos dados de qualificação se recusou a informar.

Referida confissão se ajustou aos elementos de convicção produzidos no contraditório.

Wagner Pereira Palandi e Rodrigo Luiz de Araújo Cândido, policiais militares, relataram, em síntese, que foram acionados para atendimento de ocorrência de furto em andamento; deslocaram-se ao local, quando chegaram, mantiveram contato com o proprietário do *Buffet Quiosque*; ao ingressarem no imóvel, constataram que estava tudo revirado e havia uma mochila nas proximidades do muro. Subiram pela escada e perceberam que, ao lado do prédio, havia uma casa abandonada e um supermercado desativado. Foram vistos pelos autores do furto, que puseram-se em fuga; conseguiram alcançar e abordar apenas o acusado, já que o outro envolvido conseguiu fugir e não foi identificado. No interior da casa abandonada, localizaram duas mochilas contendo produtos alimentícios; para acessar o comércio, os autores escalaram e pularam um muro.

Nesse cenário, denota-se que a confissão levada a efeito pelo apelante está em perfeita harmonia com os demais elementos de convicção produzidos no curso da persecução penal, nos termos do que dispõe o artigo 197 do Código de Processo Penal.

As qualificadoras do concurso de agentes e escalada restaram caracterizadas e comprovadas.

O acesso ao imóvel pelos autores do furto se deu através de escalada de um muro que separa o comércio da via, medindo aproximadamente 2,40m de altura na lateral e 4,20m de altura na região frontal. Assim atestou o i. perito subscritor do laudo acostado às págs. 217/221:

“O local indicado como sendo dos fatos, corresponde a um imóvel comercial térreo, localizado na Rua Álvares Cabral, nº 241, bairro Campo do Galvão, em Guaratinguetá/SP. Tal imóvel era caracterizado por ser recuado da via de asfalto e ao nível desta, isolado da mesma frontalmente por muro de alvenaria medindo aproximadamente 2,40 metros de altura na lateral e 4,20 metros de altura na região frontal. Tal muro lateral era encimado por cerca concertina, em ambos flancos.”

E, concluiu:

“Quando dos exames, foram constatados vestígios de rompimento da cerca concertina acima do muro no flanco anterior direito, bem como reparos recentes nos cadeados dos freezers, compatíveis com esforço muscular associado à objeto contundente.” (págs. 217/221).

O representante do comércio vítima, inquirido

em solo policial, narrou que: *“os policiais perceberam que dois indivíduos estavam escondidos, um na casa descoupada e o outro no galpão mencionado, Percebendo que os policiais os localizaram ambos saíram empreendendo fuga. Aquele que estava no galpão conseguiu fugir e o segundno, que estava na casa, conseguiu acessar a rua, por onde empreendeu fuga, até ser capturado mais a frente pela guarnição.”* (pág. 14).

Aliás, o próprio acusado admitiu que praticou o crime em concurso com indivíduo, cujos dados de qualificação não informou.

Desta feita, a dinâmica da conduta criminosa bem demonstrou premeditação, ajuste prévio e divisão de tarefas entre os responsáveis, impedindo seja afastada a qualificadora em comento.

O furto restou consumado, uma vez que houve a **inversão da posse** da *res furtivae* – *Teoria da Amotio* –, que saiu por completo da esfera de vigilância e disponibilidade do comércio vítima. Ademais, apenas parte da *res furtiva* foi recuperada, de maneira que o estabelecimento comercial suportou desfalque patrimonial (págs. 22/23).

Em suma, o quadro probatório se mostrou sólido e bem demonstrou a responsabilidade do apelante pelo crime que lhe foi imputado na denúncia.

Passa-se a análise da reprimenda aplicada.

1ª Fase. Pena-base fixada na fração de 1/3 acima

do mínimo legal, assim fundamentada: ***“atenta aos requisitos constantes dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, verifico que o acusado possui maus antecedentes criminais e é reincidente (pgs. 252/263), indicando que possui personalidade voltada à prática de delitos, distanciando-se dos valores do homem médio.”*** (pág. 278/279), resultando em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Todavia, neste aspecto, assiste razão ao Ministério Público.

Com efeito, o acusado registra quatro condenações pretéritas que geram maus antecedentes (processos nº 0008313-86.2011.8.26.0220, nº 0008735-71.2005.8.26.0220, nº 0009086-34.2011.8.26.0220, e nº 0012137-63.2005.8.26.0220 cujas sentenças condenatórias transitaram em julgado, respectivamente, em 16/08/13, 21/10/2008, 28/04/2014 e 07/08/2008 e 07/08/2008 – págs. 76/82).

Entretanto, a condenação definitiva apontada pelo representante do Ministério Público em razões recursais (pág. 293), relacionada aos autos nº 0010723-20.2011.8.26.0220 – Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Guaratinguetá/SP, cuja sentença transitou em julgado para a Defesa em 17/02/2012 (págs. 76/82), se deu por infração ao art. 28 da lei 11.343/06, de maneira que não comporta valoração na dosimetria.

Com efeito, a jurisprudência dos Tribunais Superiores converge no sentido de que a condenação pretérita pelo crime

de porte de drogas para consumo próprio não caracteriza maus antecedentes ou reincidência. Segundo esse entendimento, referido dispositivo legal não prevê pena de reclusão ou detenção, portanto, por mais brandas as sanções cominadas que aquelas estabelecidas pela lei das contravenções penais, referido delito não poderia caracterizar a reincidência, que reclama condenação anterior pela prática de um segundo crime, e não de contravenção, a teor do artigo 63 do Código Penal.

Nessa direção:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior entende que o prévio apenamento do agente pela conduta de porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas) não constitui causa geradora de reincidência e adequado, também, afastar a sua incidência como fundamento para negativar os antecedentes do réu. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido”. (STJ, AgRg no HC 480011/SC, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINICIDÊNCIA ASSENTADA EM ANTERIOR REGISTRO DE INCIDÊNCIA AO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DO DECISIUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. Conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar

reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. 3. Não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência 4. Além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte, da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre. 5. Cumpre registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (grifo nosso). Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo. 6. O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal. 7. Agravo regimental desprovido” (RHC 178512 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22-03-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 17-06-2022 PUBLIC 20-06-2022).

Nesse mesmo sentido converge esta C. Câmara Criminal:

“Salienta-se ser impossível o reconhecimento de maus antecedentes por condenação pela prática do delito de porte de droga para uso próprio, como operado no caso dos autos. (...) Importante frisar que, consoante posicionamento das Cortes Superiores, a conduta de porte de droga para uso próprio foi apenas despenalizada pela Lei nº 11.343/06 e, não, descriminalizada, razão pela qual foi modificado o entendimento de que a sua condenação impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal” (TJSP; Apelação Criminal 1500853-81.2020.8.26.0535; Relator (a): Ricardo Sale Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento:

11/10/2022; Data de Registro: 11/10/2022).

Assiste razão ao dr. Promotor de Justiça no tocante a pretensão de exasperação da basilar, tendo em vista que o furto foi praticado durante o período noturno, pela redução da vigilância, possibilitando o arrebatamento da res furtiva. Com efeito, de acordo com a tese fixada no Tema Repetitivo nº 1.087 do C. Superior Tribunal de Justiça, ***“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).***

Isso não significa, porém, que a circunstância de ter sido o furto praticado no período de repouso noturno esteja excluída da valoração pelo magistrado. Ao contrário, na *ratio decidendi* do precedente vinculante supracitado, o E. Ministro Relator João Otávio de Noronha ressalvou expressamente a possibilidade de valorar referida circunstância na primeira fase da dosimetria:

“Deve-se registrar também que o princípio da proporcionalidade destina-se igualmente a evitar a proteção insuficiente ou deficiente dos bens jurídicos resguardados pelo Direito Penal. Ora, é evidente que a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período. Assim, é razoável admitir a possibilidade de, diante das circunstâncias fáticas, a prática do furto durante o período de repouso noturno ser levada em consideração na dosimetria da pena. Em outras palavras, se a incidência da majorante no furto qualificado mostra-se excessiva, poderá ser utilizada como circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP). Nessa oportunidade, o órgão julgador avaliará, sob a ótica de sua discricionariedade, o elemento relativo ao espaço temporal em que a infração foi cometida, podendo, se assim considerar, analisar a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime com maior reprovabilidade. Esse proceder

possibilitaria calibrar a reprimenda de modo a atender o postulado da proporcionalidade diante do caso concreto.” (REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022).

E tal interpretação, embora não integre a tese firmada no precedente da Corte Superior, conta com apoio de doutrina de fôlego, como mencionado em *obter dictum* no corpo do mesmo precedente:

“Por um lado, Nelson Hungria, Noronha, Fragoso, Prado, Greco e Gonçalves pontuam a impossibilidade de aplicação da causa de aumento de pena referente ao cometimento do furto durante o período noturno (art. 155, § 1º, do CP) ao furto qualificado pelas disposições técnicas topográficas do Código Penal. Fragoso e Prado, embora reconheçam a impossibilidade de incidência da majorante, ressaltam que ela pode ser considerada na fase dosimétrica prevista no 59 do CP.” (grifos nossos).

Vale mencionar, em arremate, que tal entendimento também encontra respaldo nesta E. Corte de Justiça Paulista:

“Furto qualificado tentado – Causa de aumento de pena do repouso noturno – Inaplicabilidade – Entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Repetitivo (REsp 1.888.756/SP) – Pleito de incidência da majorante desacolhido. Reconhecimento do repouso noturno como circunstância judicial desfavorável na primeira fase – Pleito já acolhido pelo MM. Juízo sentenciante. Confissão parcial – Aplicação da atenuante – Possibilidade – Entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça. Regime fechado – Desproporcionalidade diante das condições do caso concreto – Alteração para o regime semiaberto – Inteligência do artigo 33 § 3º do Código Penal. Recurso do Ministério Público improvido. Pena final e regime alterados.” (TJSP; Apelação Criminal 1500208-81.2023.8.26.0622; Relator

(a): Klaus Marouelli Arroyo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapeva - 3ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 10/11/2023; Data de Registro: 10/11/2023).

Por outro lado, é certo que na hipótese de concorrência de qualificadoras em um mesmo tipo penal, revela-se possível a utilização de uma delas para qualificar o crime e da(s) excedente(s) como circunstância judicial desfavorável, nos termos da pacífica jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

“Na presença de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais deverão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a agravantes, ou residualmente como circunstâncias judiciais.” (STJ - AgRg no REsp 2001502/RS, Relator(a): Min. Ribeiro Dantas, T5 - Quinta Turma, DJe em: 18/10/2022).

“Presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base. Precedentes. (...) (REsp 1.395.088/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/2/2016)”. (STJ - AgRg no AREsp 1746064/DF, Relator(a): Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), T6 - Sexta Turma, DJe em: 21/02/2022).

Desta feita, pelas razões acima invocadas, pelos antecedentes do apelante – 4 condenações pretéritas - , por ter sido o crime praticado durante o repouso noturno e valoração de uma das qualificadoras na primeira fase do cálculo dosimétrico, a pena-base comporta fixação na fração de 1/2 acima do mínimo legal, resultando em 03 (três) anos de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

2ª Fase. Caracterizada e comprovada a agravante da reincidência - condenação definitiva oriunda da ação penal nº 1500752-14.2019.8.26.061 – 4ª Vara Judicial da Comarca de Guaratinguetá/SP, cuja sentença transitou em julgado para a Defesa em 10/10/2022 (pág. 76/82) -, o Douto Magistrado aumentou a reprimenda em mais 1/6, considerando a preponderância da referida circunstância sobre a confissão - art. 67 do Código Penal.

Entretando, respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, na segunda fase, a reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, nos termos da regra firmada pelo **Tema Repetitivo nº 585** do C. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“A reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. Apenas 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. Precedentes.” (STJ - REsp 1.931.145/SP, Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior, S3 - Terceira Seção, DJe em: 24/06/2022). - grifei.

E considerando que apenas uma condenação definitiva foi valorada nesta etapa, caracterizadora da reincidência, que o acusado admitiu o cometimento da subtração, referidas circunstâncias devem ser integralmente compensadas, mantendo-se a reprimenda como fixada na primeira fase.

Como bem salientou o Douto Procurador de Justiça:

“Malgrado requerimento contido no apelo Ministerial, a atenuante da confissão foi bem reconhecida, já que autor confirmou seu envolvimento no delito em análise, inclusive com escalada e na companhia de outro indivíduo, que se evadiu. Logo, merece ser mantida. Por outro lado, assiste razão à defesa ao requerer a compensação integral entre a confissão e a reincidência. É sabido que a jurisprudência vem firmando entendimento no sentido da possibilidade da compensação entre a agravante da reincidência (ainda que específica) e a atenuante da confissão espontânea, mas quando se tratar de condenados que registrem apenas uma condenação transitada em julgado anterior a ser valorada, que é o que se verifica no caso em apreço.” (pág. 374).

3ª Fase. Ausentes causas de aumento e diminuição, a pena torna-se definitiva.

Regime de prisão. Nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33, do Código Penal, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, maus antecedentes e reincidência do apelante, mostrou-se adequado o **REGIME FECHADO** para que tenha início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, como medida necessária e suficiente para a prevenção e repressão pelo crime.

Nesse sentido:

“A despeito do estabelecimento de sanção penal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o Paciente é reincidente e foram reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena foi devidamente fundamentada” (STJ - AgRg no HC nº 722.608/SP, Relator(a): Min. Laurita Vaz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 08/04/2022).

Substituição. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, incisos II e III, do Código Penal), uma vez que ausentes os requisitos legais.

Ex positis, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento aos apelos interpostos pelo Ministério Público e Defesa**, apenas para, preservada a condenação, majorar a pena-base na fração de 1/2; compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea; e, por consequência, redimensionar a reprimenda final para *03 (três) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa*, mantendo-se os demais termos da r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora