



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362346

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500891-55.2023.8.26.0546, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante JOÃO PAULO ROSA DE JESUS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial ao recurso, 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 FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº 1500891-55.2023.8.26.0546

Apelante: João Paulo Rosa de Jesus

Apelado: Ministério Público

Origem: 4ª Vara da Comarca de Mogi Mirim

Juiz(a) Prolator(a): Dr(a). Adriana Barrea

Data do fato: 31/12/2023

Voto nº 38331

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO SIMPLES TENTADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em Exame

Apelação contra sentença que condenou o apelante por furto qualificado na forma tentada, com pena de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 16 dias-multa. O réu apelou pedindo absolvição ou, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, fixação do regime aberto, afastamento da pena de multa e concessão dos benefícios da justiça gratuita.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de afastamento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e escalada, (ii) a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, e (iii) a adequação do regime prisional e substituição da pena.

III. Razões de Decidir

3. A qualificadora de rompimento de obstáculo não foi reconhecida, pois os fios cortados eram parte do objeto do furto.

4. A qualificadora de escalada foi afastada, pois o laudo pericial indicou que o ingresso no imóvel não exigiu esforço incomum.

5. Compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, conforme entendimento do STJ.

6. Regime semiaberto mantido devido aos maus antecedentes e reincidência, inviável a substituição da pena por restritivas de direito.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido para afastar a qualificadora da escalada e compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, fixando-se a pena definitiva em 9 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 7 dias-multa.

Tese de julgamento: 1. A qualificadora de escalada exige esforço incomum, não comprovado no caso. 2. Compensação entre confissão e reincidência é possível, mantendo-se o regime semiaberto.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 155, §4º, II; art. 67; art. 33, §2º; Lei de Execução Penal.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no HC 703762/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, Dje 25/03/2022; STJ, Súmula 269.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal, na forma tentada, à pena de 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 16 dias-multa.

O réu apelou² pedindo a absolvição. Subsidiariamente pediu o afastamento das qualificadoras do rompimento de obstáculo e escalada, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a fixação do regime aberto, o afastamento da pena de multa e a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

O réu foi denunciado porque, mediante escalada e rompimento de obstáculo à subtração da coisa, tentou subtrair cabos de cobre e um aparelho de ar-condicionado, pertencentes à empresa Fast Fixx, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

¹ Folhas 203.

² Folhas 226.

³ Folhas 240.

⁴ Folhas 257.

Segundo a denúncia⁵, “o acusado pulou o muro da cerca do local dos fatos”, e começou a romper e cortar os suportes e cabos de condensadores de ar-condicionado que estavam ali no local dos fatos, para posterior subtração.

O auto de apreensão⁶ e a prova oral que relata a subtração comprovam a materialidade do furto.

A autoria também é certa.

O réu, em juízo, confessou a prática do furto. Afirmou que ingressou no imóvel por uma cerca, mas não foi necessário pulá-la porque estava rompida num canto. Admitiu que tentou furtar o fio. Negou que pretendesse furtar o ar-condicionado, pois era grande. Disse que havia ingerido bebida alcóolica.

Assim, o acusado confessou que pretendia subtrair os fios.

E a confissão está em sintonia com o restante da prova coligida.

Osmar, representante legal da vítima, narrou que, no dia dos fatos, foi ao centro da cidade e ao retornar percebeu que o ar-condicionado estava desligado. Ouviu barulhos na parte de trás do contêiner e, pela janela, viu que havia uma pessoa desmontando o aparelho. Ligou para o pessoal da imobiliária e, depois de cerca de 10 minutos, chegaram com guardas civis e prenderam o indivíduo, que estava sozinho. O indivíduo chegou a danificar os fios. Acrescentou que houve perda total do aparelho e não soube informar qual é o valor de um aparelho novo.

Carlos Alberto, guarda civil, declarou que foram solicitados pelo proprietário, pois tinham invadido seu comércio. Chegando no local se depararam com o acusado dentro do estabelecimento e com os produtos a serem furtados.

⁵ Folhas 101.

⁶ Folhas 13.

Afirmou que o réu adentrou no imóvel pulando o muro, que tinha por volta de 2 metros. Não conhecia o acusado. Havia fios cortados e o réu tentou levar o ar-condicionado. Acrescentou que uma das peças já estava próxima ao muro.

Adriano Cesar, guarda civil, declarou que foram solicitados pelo proprietário, pois havia um furto em andamento, num estabelecimento comercial, um contêiner. Cercaram o local e visualizaram o acusado que tentou fugir, mas foi detido. O acusado havia desmontado a parte externa do ar-condicionado. O réu adentrou no imóvel pulando uma cerca alta, com mais de 2 metros. Não conhecia o acusado dos meios policiais.

Assim, os guardas civis confirmaram ter se deslocado para o local e lá surpreendido o réu, que tentou fugir, mas em vão.

De outro lado, o representante da vítima confirmou que os guardas civis compareceram ao local e detiveram o réu que foi visto desmontando o ar-condicionado.

Nada há nos autos que indique as testemunhas tivessem algum motivo para injustamente incriminar o réu.

Desta feita, a autoria delitiva se infere pela confissão do acusado, que foi corroborada pelo restante do conjunto probatório.

O furto foi reconhecido na forma tentada, uma vez que o réu foi detido ainda no local dos fatos.

A qualificadora do rompimento de obstáculo não foi reconhecida porque não comprovado que tenha havido o rompimento ou destruição de objeto que funcionasse como barreira de acesso ao bem, uma vez que os fios cortados eram parte do que estava sendo furtado.

A qualificadora da escalada foi

reconhecida, no entanto, de rigor é o seu afastamento.

O laudo atestou que *“O imóvel vizinho à esquerda era representando por um imóvel comercial, cuja vedação do flanco esquerdo e posterior se dava por meio de alambrado de arame, medindo cerca de 1,7 metro de altura em relação ao solo na parte externa. Com a transposição da vedação deste imóvel era possível o acesso ao local de interesse pelo muro da vedação posterior do imóvel furtado.”*

Como não ficou claro pela prova oral por onde tenha se dado o ingresso e o laudo pericial realizado no local dos fatos atestou que um dos lados do imóvel possuía vedação por alambrado medindo cerca de 1,7 metro de altura, de rigor é o não reconhecimento da qualificadora da escalada, até porque possível que o ingresso tenha se dado por este lado do imóvel, cuja altura do alambrado não indica esforço incomum para transposição.

A escalada se caracteriza pela entrada por via anormal, mediante emprego de instrumento ou esforço incomum. Ora, havendo esforço, mas não fora do normal, que indique especial esforço, não há que falar-se na existência da qualificadora.

Neste sentido afirma CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁷ a *“escalada consiste no fato de penetrar o agente no lugar a que se encontra a coisa objeto de subtração, por via anormal, por entrada não destinada a esse fim, e da qual não tem direito de utilizar-se. E mais: **consiste não apenas em ingresso no local por via incomum, mas, sobretudo, superando obstáculo difícil, que demande o uso de instrumento especial ou de invulgar habilidade do agente. Afinal, o fundamento dessa qualificadora e, como destacava Sebastian Soler, o mesmo que determinou a agravação do furto praticado por chave falsa, ou seja, punir mais gravemente aquele que, mesmo sem usar violência, mas com habilidade ou grande esforço, vence obstáculos efetivamente defensivos da res**”*⁸.

Embora se saiba da existência de entendimento no sentido de que a altura em questão configura a qualificadora, *data maxima venia*, entendo que não basta para configurar um esforço incomum, exigido para a tipificação da

⁷ Tratado de Direito Penal – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2014 – v. III – p. 60

⁸ Grifo nosso.

qualificadora, filiando-se à corrente que exige, no mínimo, que o obstáculo tenha altura de 2 metros.

Por estes motivos afasto a qualificadora.

Portanto, de rigor é a condenação do réu pela prática de furto simples tentado.

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase, considerando os maus antecedentes⁹, a pena foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 01 ano e 02 meses de reclusão e em 11 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão e a agravante da reincidência¹⁰, foi reconhecida a preponderância da agravante sobre a atenuante, com aumento da pena em 1/6, o que merece reparos para compensar uma pela outra.

Existindo uma circunstância agravante e uma atenuante, aplica-se a regra do artigo 67 do Código Penal e, na medida em que a jurisprudência dos Tribunais Superiores consolidou que a confissão integra a personalidade, passa a ser também circunstância preponderante.

A partir da orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no *Habeas corpus* nº 365.963/SP, precedente, a ser observado, portanto, de rigor a compensação entre reincidência e confissão, ainda que aquela seja específica.

“A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus n. 365.963/SP, em 11/10/2017, firmou entendimento da “possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos

⁹ Folhas 115/116 – processo nº 0018555-13.2004 (roubo)

¹⁰ Folhas 115 – processo nº 0006809-94.20178.26.0362 (furto)

para ambas espécies (genérica e específica)”¹¹

Desta feita, compensa-se integralmente a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, permanecendo a pena intermediária inalterada em 01 ano e 02 meses de reclusão e em 11 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição da pena.

Reconhecida a forma tentada, a pena foi reduzida em 1/3, resultando a pena definitiva em 9 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 7 dias-multa.

A Defesa pediu a dispensa do pagamento da pena de multa alegando hipossuficiência do acusado.

Quanto ao valor da diária da pena pecuniária, foi este fixado no piso legal, portanto o pedido de isenção não socorre a defesa.

O valor de cada diária é que é estabelecido em função da possibilidade econômica do réu e foi colocada no menor valor previsto em lei.

É defeso ao juiz isentar o réu de pena, uma vez comprovada a consunção dos fatos ao tipo penal, por estar o juiz, como representante do Poder Judiciário, adstrito ao fiel cumprimento da lei penal, poder este que não lhe é discricionário, não podendo ele furtar-se ao apenamento, uma vez constatado o crime, salvo nas hipóteses em que a lei o permita, e que não estão presentes no caso em comento.

Considerando os maus antecedentes e a reincidência, o regime fixado foi o semiaberto, o que não merece reparos.

Data maxima venia, a reincidência, por si só, já impõe o regime aplicado na r. sentença.

¹¹ STJ - AgRg no HC 703762 / SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – Dje 25/03/2022.

Como esclarece SOUZA NUCCI¹² o Código Penal e a doutrina majoritária entendiam que sendo o réu reincidente o único regime adequado seria o fechado, não importando o *quantum* de pena imposta. Porém tal entendimento acabou se alterando, inclusive com a edição da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, que permite a fixação do regime intermediário para réu reincidente a quem tenha sido imposta igual ou inferior a 4 anos. Assim, possível entender-se que o regime fechado, para penas iguais ou inferiores a 4 anos, mesmo sendo o réu reincidente, não se mostra automático.

Entretanto, o ponto a ser discutido é outro, ou seja, a necessidade ou não do regime intermediário ao réu reincidente.

O próprio texto da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça dá indícios de que, embora possível o regime intermediário para réu reincidente apenado com pena igual ou inferior a 4 anos, inviável o regime aberto. Aliás, este é o entendimento de FERNANDO GALVÃO¹³, ao esclarecer que a alínea c do §2º do artigo 33 do Código Penal não impõe o regime fechado, apenas impede que seja estabelecido o regime aberto.

Neste sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

“Nos termos do art. 33, §2º, do Código Penal, não há que se falar em início da reprimenda no regime aberto quando o paciente é reincidente (Precedentes)”¹⁴.

Os maus antecedentes e a reincidência indicam que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente para a prevenção e reprovação da conduta, motivo pelo qual se indefere o pedido de substituição.

O pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita ficou prejudicado, uma vez que a

¹² *Código Penal Comentado* – 12ª ed. – São Paulo: RT – 2012 – p.

¹³ *Direito Penal: Parte geral* – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2013 – p. 672.

¹⁴ STJ – HC 122756-DF – rel. Felix Fischer – 27.04.2009.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

benesse já fora deferida na r. sentença.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso tão somente para afastar a qualificadora da escalada e compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, fixando-se a pena definitiva em 9 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 7 dias-multa.

MENS DE MELLO

Relator

Assinatura Eletrônica