



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000369264**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500527-67.2023.8.26.0616, da Comarca de Suzano, em que são apelantes ANDERSON FLORINDO DO NASCIMENTO e ANDRE LUIZ GOULART DIAS, 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: **afastada a preliminar, CONHECERAM dos recursos, NEGARAM PROVIMENTO ao apelo de André e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Anderson, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de ajustar a pena aplicada ao réu, que fica definitivamente condenado, como incurso no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, à pena de à pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no piso legal, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos. Após o trânsito em julgado, intimado o réu, expeça-se mandado de prisão em nome de Anderson Florindo do Nascimento. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), FREITAS FILHO E IVANA DAVID.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

**FERNANDO SIMÃO**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica

**VOTO nº 41.876**

**APELAÇÃO nº 1500527-67.2023.8.26.0616**

**COMARCA: Suzano – 1ª Vara Criminal**

**Apelantes: ANDRÉ LUIZ GOULART DIAS**

**ANDERSON FLORINDO DO NASCIMENTO**

**Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO**

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE ANDRÉ E DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE ANDERSON.

**I. Caso em Exame:**

1. Os réus Anderson Florindo do Nascimento e André Luiz Goulart Dias foram condenados como incurso no art 155, § 4º, incisos I e IV, do CP. Anderson à pena de 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 15 dias-multa, no mínimo legal. André à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento 11 dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direitos.
2. Os réus apelaram. André, buscando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de receptação. Anderson requer a absolvição por insuficiência probatória ou por quebra na cadeia de custódia e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de receptação ou para a modalidade tentada, a fixação da pena base no mínimo legal, seja considerada a restituição do bem na dosimetria da pena, a aplicação do redutor em sua fração máxima pela tentativa, a fixação de regime aberto e a aplicação da resposta penal substitutiva.

**II. Questão em Discussão:**

2. A questão em discussão consiste em: (i) a alegação de quebra na cadeia de custódia; (ii) a suficiência das provas para condenação; (iii) a possibilidade de desclassificação para o crime de receptação ou para a modalidade tentada; (iv) análise da dosimetria da pena aplicada e do regime prisional, notadamente quanto à Anderson.

### III. Razões de Decidir:

3. Alegação de quebra da cadeia de custódia analisada em sede preliminar. Não verificada a quebra na cadeia de custódia. Ainda que o local não tenha sido preservado até a chegada da equipe pericial, não há qualquer evidência de que tenha sido adulterado. Ademais, eventual quebra na cadeia de custódia da prova pericial, gera apenas nulidade relativa, necessitando de demonstração da existência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.
4. Provas francamente incriminadoras. Palavra da vítima e do policial merecedoras de credibilidade.
5. Parte da res furtiva encontrada na posse dos réus. Inversão do ônus da prova.
6. Descabimento da desclassificação para receptação ou para a modalidade tentada. Crime de furto consumado, tendo em vista que os bens foram retirados da esfera da disponibilidade e vigilância da vítima.
7. Qualificadoras do concurso de agentes e do rompimento de obstáculo bem demonstradas pela prova oral e pericial colhidas.
8. Pena, regime e resposta penal substitutiva de André que não comportam reparo.
9. Pena de Anderson ajustada para atender aos parâmetros da suficiência e da reprovabilidade. Descabimento da resposta penal substitutiva, dada a reincidência específica. Pelos mesmos fundamentos, impossibilidade de abrandamento do regime inicial de resgate de pena, que, inclusive, beneficiou o réu.

### IV. Dispositivo e Tese:

10. Recurso de André desprovido; recurso de Anderson parcialmente provido para ajustar a pena para 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 dias-multa, no mínimo legal.
- Tese de julgamento: 1. A eventual inobservância de determinada regra no procedimento da cadeia de custódia não enseja, por si só, a nulidade da prova, carecendo de efetiva demonstração do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. 2. Provas francamente incriminadoras para a condenação dos réus por furto qualificado, não havendo se falar em desclassificação para o crime de receptação ou para a modalidade tentada. 3. Pena, aplicação da resposta penal substitutiva e regime prisional correitos em relação a André. Pena de Anderson ajustada para atender aos critérios da suficiência e da reprovabilidade. Inviável a aplicação da resposta penal substitutiva em relação a ele, dada a reincidência específica. Regime prisional semiaberto, que, inclusive, o beneficiou, não comportando abrandamento.

### Legislação Citada:

Código Penal, art. 155, § 4º, incisos I e IV; Código de Processo Penal, art. 563.

Jurisprudência Citada:

TJSP, Habeas Corpus Criminal 0021117-52.2020.8.26.0000, Rel. Fernando Torres Garcia, 14ª Câmara de Direito Criminal, j. 24.09.2020.

TJSP, Apelação Criminal 1502219-09.2020.8.26.0228, Rel. Laerte Marrone, 14ª Câmara de Direito Criminal, j. 21.09.2020.

STJ, Resp 1.524.450/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, j. 14.10.2015.

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 229/235, acrescenta-se que os réus foram condenados, como incursos no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, **ANDERSON FLORINDO DO NASCIMENTO**, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso, e **ANDRÉ LUIZ GOULART DIAS**, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, regulamentando-se na fase de execução, e pagamento de prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, em favor de entidade a ser determinada pelo juízo da execução, permitido a ambos o apelo em liberdade.

Inconformados, apelam os réus, (i) André, buscando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de receptação (fls. 250/259); e (ii) Anderson, requerendo a absolvição por insuficiência probatória ou por

quebra na cadeia de custódia e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de receptação ou para a modalidade tentada, a fixação da pena base no mínimo legal, seja considerada a restituição do bem na dosimetria da pena, a aplicação do redutor em sua fração máxima pela tentativa, a fixação de regime aberto e a aplicação da resposta penal substitutiva (fls. 294/300).

Regularmente processados os recursos, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento dos apelos (fls. 340/347).

### **É o relatório.**

Preliminarmente, pela melhor técnica jurídica, primeiro deve ser rechaçada a alegada quebra da cadeia de custódia, vez que versa sobre eventual nulidade processual.

E, nesse contexto, não há se falar em suposta quebra da cadeia de custódia, em razão de o local não ter permanecido preservado.

Embora os fatos tenham ocorrido às 22h50 (cf. boletim de ocorrência de fls. 10/12) e, conforme laudo de fls. 110/114, a equipe pericial apenas tenha comparecido ao sítio dos fatos às 06h15 e que não havia preservação do local, tendo sido a equipe recepcionada pelo responsável pelo estabelecimento comercial, certo é que, ao contrário do que alega a defesa não há qualquer elemento que leve a

crer que houve adulteração do local dos fatos.

Isto porque, o próprio policial militar que ali compareceu quando da ocorrência do furto, afirmou que, ao chegarem ao local, havia uma porta danificada.

Ademais, eventual quebra na cadeia de custódia da prova pericial, gera apenas nulidade relativa, necessitando de demonstração da existência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu neste caso.

E, além disso, a inobservância de determinada regra no procedimento da cadeia de custódia não é capaz de ensejar, por si só, a nulidade da prova. A irregularidade aventada deve envolver aspecto relevante para a causa, da qual seja possível extrair uma suspeita de falta de credibilidade da prova, isto é, de não correspondência entre a prova valorada e a prova colhida, o que não se vislumbra no presente caso, tendo em vista que até o policial militar que atendeu a ocorrência confirmou que a porta estava danificada, razão pela qual não merece ser reconhecida a quebra da cadeia de custódia.

Nesse sentido, segue entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

“Habeas Corpus – Tráfico de entorpecentes – Prisão em flagrante convertida em preventiva – Pedido de relaxamento e trancamento do inquérito, por irregularidades no flagrante e quebra da cadeia de custódia – Pleito de liberdade – Risco na

manutenção da prisão em razão da pandemia pelo COVID-19 – Descabimento – Ausência de nulidade na prisão em flagrante – Meio impróprio para análise de questões fáticas – **Eventual quebra da cadeia de custódia da prova pericial gera apenas nulidade relativa e carece de demonstração do efetivo prejuízo** – Decisão devidamente fundamentada – A gravidade concreta da conduta e a condição de reincidente específico do paciente, ainda em cumprimento de pena, justificam a necessidade da prisão cautelar – Insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão – Presentes os requisitos dos artigos 310, II e § 2º, 312, e 313, I e II, todos do Código de Processo Penal – Ausência de comprovação de pertencerem ao grupo de risco da pandemia do COVID-19 – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada”.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 0021117-52.2020.8.26.0000; Relator (a): Fernando Torres Garcia; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro Plantão - 00ª CJ - Capital EXTINTO - Vara Plantão - Capital Criminal; Data do Julgamento: 24/09/2020; Data de Registro: 06/10/2020 – grifos nossos)

“Apelação. Crime de tráfico de drogas. Sentença condenatória. Recurso da defesa. **1. Alegação de nulidade em razão da quebra da cadeia de custódia. Situação não configurada. Não se pode emprestar às normas relativas à cadeia de custódia uma interpretação que prestigie o excesso de formalismo: prepondera o elemento teleológico (artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). O que significa dizer, a inobservância de determinada regra no procedimento da cadeia de custódia não enseja, por si só, a nulidade da prova. A irregularidade há de envolver aspecto relevante para a causa, da qual se possa extrair uma**

**suspeita de falta de credibilidade da prova, ou seja, de não correspondência entre a prova valorada e a prova colhida.**

2. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal da ré, inexistindo espaço para desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06. 3. Sanção que não comporta reparo. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1502219-09.2020.8.26.0228; Relator (a): Laerte Marrone; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 31ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/09/2020; Data de Registro: 21/09/2020 – grifos nossos)

Resta, portanto, afastada a preliminar.

No mérito, r. sentença monocrática bem analisou as provas carreadas aos autos, pelo que a condenação dos apelantes era mesmo de rigor.

Os réus foram presos em flagrante delito, existindo a certeza visual do crime, enquanto a materialidade decorre do boletim de ocorrência de fls. 10/12, do auto de exibição, apreensão, entrega e avaliação de fls. 15, do auto de reconhecimento de objeto de fls. 16, das fotografias de fls. 18/19, do laudo pericial de fls. 110/114 e da prova oral colhida.

Aliás, a prova oral produzida sob o crivo do contraditório é isenta e incriminadora, emergindo absoluta certeza da prática do delito, exatamente como narrado na peça incoativa.

Com efeito, o representante da empresa vítima, em juízo, confirmou a ocorrência do furto. Relatou que já havia sido furtado outras vezes, razão pela qual colocou um vigia no local, que o avisou da nova subtração. Segundo o vigia, eram dois os furtadores, os quais ingressaram no local mediante o arrombamento de uma porta de aço. Foi subtraída uma escada de aço, além de outras ferramentas de pouco valor. Assim que foi avisado pelo vigia, se dirigiu até o local. A polícia localizou os autores do furto a cerca de 300 ou 400 metros do local, na posse da escada, que foi recuperada. Não conhecia os réus anteriormente. Foram tiradas fotografias dos furtadores, as quais coincidiam com a identidade dos indivíduos que foram presos. Afirmou que o vigia, na verdade, era um amigo, proprietário de um estabelecimento comercial no local, e que haviam combinado de realizar esse tipo de alerta. O vigia chegou a ver os dois réus entrando e saindo do galpão. Foi realizada perícia no local.

Em complemento, o policial militar Wagne disse que, no dia dos fatos, o COPOM irradiou para a equipe uma ocorrência de furto à empresa Vecta. Ao chegarem no local, havia uma porta danificada. Segundo informado pelo representante da empresa vítima, havia sido subtraída uma escada, além de ferramentas, bem como havia fotografias dos furtadores. Iniciaram o patrulhamento no local e localizaram dois indivíduos próximos à empresa furtada, transportando uma escada. Os acusados alegaram que um amigo lhes entregou a escada, porém não deram o nome do referido amigo. As ferramentas não foram localizadas. Não conhecia os réus previamente. Disse que

conseguiu reconhecer o réu André pelas vestimentas que viu nas fotos apresentadas pelo representante da empresa vítima.

Nada existe para subtrair a credibilidade da prova oral colhida. Sabidamente, em sede de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, quando coerente, como é o caso dos autos, merece credibilidade, considerando que ninguém tem interesse em acusar, injustamente, pessoa inocente.

A doutrina afirma que “(...) *há oportunidades em que a palavra do ofendido alcança extremo valor probante, principalmente nos delitos praticados na clandestinidade, quando estão ausentes testemunhas presenciais da cena criminosa. Tal situação é comum nos crimes contra a dignidade sexual (p. ex.: estupro etc.) e, ainda no crime de roubo, delitos estes que, por sua natureza, em regra, só participam o agente e a vítima (TJSP, Ap. nº 139.718-3, Rel. Des. Celso Limongi, j. em 03.03.94; TJSP, Ap. nº 110.070-3, Rel. Dês. Denner de Sá, j. 09.09.91; RT 737/624: RJDTACRIM 2/135)*”. (DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, e Jorge Assaf, *Curso de Processo Penal*, 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 343).

Veja-se, aliás, posicionamento jurisprudencial:

“As declarações da vítima são suficientes para configuração do crime contra o patrimônio quando seguras e em sintonia com os demais elementos probatórios” (TJSP – AC 990080935682/SP – 12ª Câmara Criminal – Rel: Des. Paulo Rossi – j. em 09.09.2009).

E sobre o depoimento do policial, importante frisar que

ele exerce função pública relevante e presumidamente cumpre a lei.

A propósito, assim já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (H.C. 74.608-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello).

De seu turno, o réu André, ao ser interrogado em Juízo, preferiu permanecer em silêncio.

O acusado Anderson, por sua vez, disse que estava em situação de rua e passava pelo local dos fatos, quando encontrou um rapaz com a escada. Foram tentar vender a escada, mas acabaram sendo abordados pela polícia. Não conhecia André anteriormente e o encontrou junto com a pessoa que havia subtraído a escada. Também não conhecia a pessoa que estava na posse da escada e que a teria furtado. Negou participação no furto.

Contudo, a versão de Anderson, além de inverossímil, não encontrou respaldo no caderno probatório. Pelo contrário, não trouxe qualquer elemento que comprovasse suas alegações.

Ademais, não há provas nos autos a demonstrar injusta prisão ou perseguição policial. Nítida a intenção do réu Anderson de tentar desqualificar a palavra da vítima e do policial para se eximir da responsabilidade que lhe é atribuída.

Vale ressaltar que a apreensão de parte da *res furtiva* em poder dos apelantes inverte o ônus da prova e pressupõe a responsabilidade penal deles no evento criminoso.

Não há se falar em desclassificação para o crime de receptação. De acordo com a prova oral colhida, os apelantes foram vistos por um vigia, ingressando no local, por meio do arrombamento de uma porta de aço, tendo subtraído uma escada de aço e outras ferramentas de pouco valor. Avisado, o proprietário da empresa se dirigiu ao local e acionou a polícia, que localizou os réus na posse da escada a cerca de 300 ou 400 metros do estabelecimento. O crime de furto restou, portanto, bem tipificado e comprovado.

De tudo isso, mostram-se de todo inviável a absolvição e a desclassificação para o crime de receptação, restando isoladas nos autos as teses defensivas, não havendo motivo justificável para se alterar o já decidido em primeiro grau, posto que devidamente comprovadas autoria e materialidade do delito, assim como o dolo com que agiram os

acusados, não havendo nenhuma causa excludente de ilicitude.

Da mesma forma, também não há se falar em furto tentado, vez que o crime atingiu a esfera da consumação, considerando que os bens foram efetivamente retirados da empresa vítima. Os réus carregavam a escada subtraída quando abordados pelos policiais, a 300 ou 400 metros do local do crime, enquanto as ferramentas furtadas não foram recuperadas, invertendo-se a posse dos objetos.

Cediço é que não se faz necessária a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos para que se consume o delito de furto.

Aliás, é nesse sentido o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. **FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA *APPREHENSIO (OU AMOTIO)*. **PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima

retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: **Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.**

4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado.

(STJ – Resp 1.524.450/RJ, Relator: Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgamento aos 14.10.2015 – grifei)

A qualificadora do concurso de agentes restou bem demonstrada pela prova oral colhida, na medida em que a vítima e o policial confirmaram a presença de dois agentes, os quais claramente atuaram em auxílio mútuo, tanto para viabilizar a entrada no local, quando para assegurar o sucesso na empreitada criminosa.

O mesmo se diga quanto ao rompimento de obstáculo, devidamente demonstrado pelo laudo pericial de fls. 111/114 e pela prova oral.

Deste modo, ambas as qualificadoras subsistem.

Passa-se à análise das penas.

A necessidade de exacerbação das penas bases foi muito bem justificada pelo douto magistrado sentenciante. Diante da

presença de duas circunstâncias qualificadoras, uma delas serve para qualificar o crime e a outra como circunstância judicial desfavorável.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência:

APELAÇÕES CRIMINAIS - FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO - NEGATIVA DE AUTORIA - IMPROCEDÊNCIA - CONFISSÃO E DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL AMPARADA PELOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS E DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS - PROVA SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO - BIS IN IDEM - INOCORRÊNCIA - UTILIZAÇÃO DE UMA QUALIFICADORA PARA QUALIFICAR O CRIME E OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL - PENA-BASE - FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CP DESFAVORÁVEIS - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO - POSSIBILIDADE DEVIDO À REINCIDÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA. A confissão e a delação extrajudicial, amparadas nos depoimentos das testemunhas e nos demais elementos dos autos, formam prova robusta para condenação. Não caracteriza bis in idem a utilização de uma das qualificadoras para qualificar o crime do furto duplamente qualificado, e outra como circunstância judicial. Impossível a fixação da pena-base no mínimo legal, diante das circunstâncias do artigo 59 do CP desfavoráveis, o que também justifica a fixação do regime fechado para cumprimento de pena, mormente se o réu é reincidente.  
(TJ-MS - APR: 10350 MS 2005.010350-7, Relator: Des. Carlos Stephanini, Data de Julgamento: 07/03/2006, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 30/03/2006)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 1. Consoante jurisprudência desta Corte, havendo pluralidade de qualificadoras, possível que uma seja utilizada para caracterizar o tipo qualificado e a outra como circunstância judicial desfavorável. 2. No caso, incidiam as qualificadoras do abuso de confiança e do concurso de agentes, sendo que uma serviu para a tipificação do crime de furto qualificado e a outra como circunstância judicial desfavorável - motivo pelo qual a pena-base foi fixada acima do mínimo legal -, não havendo qualquer constrangimento ilegal ocasionado ao paciente. 3. Ordem denegada.

(STJ - HC: 202035 SP 2011/0070113-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 02/06/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2011)

Ainda nesta fase, foram considerados os maus antecedentes de Anderson, o que se verifica em relação aos autos n. 0019163-07.2010.8.26.0554 (fls. 46/49).

Assim, correta a exasperação da pena base em 1/6 (um sexto) em relação ao réu André. Contudo, no que se refere ao corrêu Anderson, entendo que o aumento de 1/3 (um terço) é exagerado, pelo que o ajusto para 1/5 (um quinto), a fim de atender aos parâmetros da suficiência e da proporcionalidade.

Na fase seguinte, foi corretamente reconhecida a agravante da reincidência quanto a Anderson, conforme se observa da

condenação nos autos n. 0019164-89.2010.8.26.0554 (fls. 46/49), com aumento de 1/6 (um sexto), patamar que beneficiou o réu, haja vista que a reincidência, por ser específica, autorizaria aumento em maior patamar.

Nesta etapa, ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas em relação ao acusado André.

Por fim, não havia causas de aumento ou diminuição de pena a serem reconhecidas, tanto que reforçada nesta oportunidade a consumação do delito.

Ainda, de rigor salientar a impossibilidade de se considerar a restituição da escada furtada na dosimetria da pena, conforme requer a defesa de Anderson. Isto porque, a restituição se deu após a atuação da polícia militar, que encontrou os réus na posse do bem e apreendeu o objeto, que posteriormente foi entregue à vítima, de modo que a devolução do bem não se deu de forma espontânea e voluntária por parte de quaisquer dos apelantes, o que inviabiliza a aplicação do instituto do arrependimento posterior, nos termos do exigido pelo art. 16 do Código Penal, com a consequente redução da pena.

Assim, quanto à André, a pena foi criteriosamente dosada, não merecendo reparo.

Já em relação à Anderson, ajustada, nesta oportunidade, a fração de aumento da pena base para 1/5, seguido do

aumento de 1/6 em razão da agravante da reincidência, resulta na pena definitiva de **02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no mínimo legal.**

Tal qual previsto em lei, fixou-se o regime aberto para André e aplicou-se a resposta penal substitutiva.

Quanto a Anderson, de outro lado, em razão da comprovada reincidência específica, não era mesmo caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou, ainda, da concessão de *sursis*.

No tocante ao regime inicial de resgate da pena, de se anotar que não comporta abrandamento, até mesmo porque o réu Anderson foi beneficiado com a fixação do regime inicial semiaberto, na medida em que a reincidência específica dá mostras de que insiste na criminalidade, pelo que o regime inicial fechado melhor se adequaria ao caso concreto. Todavia, o órgão ministerial quedou-se inerte.

Destarte, a r. decisão monocrática merece reparo apenas no tocante à pena aplicada a Anderson.

Ante o exposto, por meu voto, **afastada a preliminar, CONHEÇO** dos recursos, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo de André e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de Anderson, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de ajustar a pena aplicada ao réu, que fica definitivamente condenado, como incurso no art. 155, § 4º,

incisos I e IV, do Código Penal, à pena de à pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no piso legal, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos. Após o trânsito em julgado, intimado o réu, expeça-se mandado de prisão em nome de Anderson Florindo do Nascimento.

**FERNANDO SIMÃO**

**Relator**