



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000387777

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500181-89.2021.8.26.0486, da Comarca de Quatá, em que são apelantes JONATHAN BRAZ DA CRUZ e RAFAEL SANTOS PROENÇA, 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: **Negaram provimento aos recursos. 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, 23 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9686

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1500181-89.2021.8.26.0486

Apelantes: Rafael Santos Proença e Jonathan Braz da Cruz

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Quatá

APELAÇÃO CRIMINAL – Furto qualificado (artigo 155, §4º, incisos II e IV, do Código Penal). Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos das testemunhas. Sentença Condenatória mantida. Dosimetria. Pena-base. Particularidades do caso que impõem a exasperação da basilar. Qualificadoras bem reconhecidas. Regime semiaberto mantido. Recursos não providos.

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por Rafael Santos Proença e Jonathan Braz da Cruz contra a r. sentença (fls. 273/282) em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar, pela prática do crime previsto no art. 155, §§1º e 4º, incisos II e IV, do Código Penal, o réu RAFAEL à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto e ao pagamento de 11 (onze) dias multa, com unidade no mínimo legal, e o réu JONATHAN à pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, com a unidade no mínimo legal.

Os réus, em suas razões recursais (fls. 307/313 e 314/324), pugnaram por absolvição, sustentando a inexistência de elementos sólidos de materialidade e autoria para corroborar o decreto condenatório. Subsidiariamente, requereram a redução da reprimenda, a fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Regularmente processados os recursos interpostos e ofertada

contrarrrazões (fls. 327/333), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **desprovemento** dos apelos (fls. 342/346).

É o relatório.

Depreende-se dos autos que JONATHAN BRAZ DA CRUZ e RAFAEL SANTOS PROENÇA, vulgo “Pezão”, foram processados como incursos nas sanções do artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso II e IV, do Código Penal, porque, segundo consta na denúncia, na madrugada de 12 de agosto de 2021, nas dependências do Estádio Municipal, na cidade de Quatá, previamente ajustados e com identidades propósitos, subtraíram em proveito comum, durante repouso noturno e mediante escalada, coisas alheias móveis, consistentes 200 metros de cabo de fio de cobre, avaliados em R\$ 2.760,00 (fl. 88), pertencentes ao Município de Quatá.

Segundo o apurado “(...) *os denunciados deliberaram realizar subtração de fios elétricos (cobre) do Estádio Municipal e, na data dos fatos, se dirigiram ao local e, aproveitando-se da ausência de vigilância no local e do repouso noturno, adentraram no Estádio Municipal mediante escalada do muro, com cerca de 2,50 metros de altura, conforme laudo pericial de fls. 69/78, e acessaram o interior do imóvel.*

No interior do imóvel, os denunciados abriram duas caixas metálicas, se apoderaram de 200 metros de fios elétricos e, em seguida, se evadiram do local na posse dos objetos, tendo, o denunciado JONATHAN, posteriormente, vendido os fios de cobre para Jamil Cassiano. (...).”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurgem os apelantes por meio dos recursos que se passa a analisar.

Pois bem. O conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e as autorias do crime imputado aos apelantes.

A materialidade delitiva resultou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 07/08), auto de exibição, apreensão, depósito e avaliação (fls. 17/19, 49, 70/71), termos de depoimento e declarações (fls. 09, 10, 14, 21, 27), laudo pericial do local (fls. 72/81), relatório final (fls. 132/136), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

A autoria delitiva, igualmente, é inconteste, tendo em vista as declarações prestadas, em Juízo (fls. 259/260 – mídia audiovisual), pelas testemunhas Valmir Aparecido Andriani, Servidor Público, Luiz Pedro de Oliveira, Guarda Municipal, Viviane Filizardo da Silva Seraphim, Investigadora de Polícia, e Jamil Cassiano.

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos nos autos feito pelo d. juízo sentenciante, posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) A testemunha Jamil Cassiano, em juízo, narrou que "não lembra quem lhe vendeu o cobre; que desconhece os réus por nome; que os investigadores apreenderam o cobre em sua posse; que fez reconhecimento na delegacia e que o réu mais magro era o responsável; que haviam duas pessoas; que confirma o depoimento prestado em delegacia".

A testemunha Viviani Filizardo da Silva Seraphim, Policial Civil, explicou que "foram subtraídos fios de cobre do estádio municipal; que logo no início das investigações, chegou ao conhecimento das autoridades o envolvimento de Rafael; que Rafael foi ouvido pela Autoridade Policial e confessou a prática do delito, dizendo que o cometeu junto com Jonathan; que Jonathan ficou responsável pelo transporte dos fios de cobre, e pela venda à pessoa de Jamil; que houve o arrombamento do local".

A testemunha Valmir Aparecido Andriani, Policial Civil, corroborou os relatos de sua companheira de corporação e afirmou que "os réus eram contumazes na prática de crimes na cidade; que o reconhecimento de pessoas foi feito em sala específica e que, na ocasião, Jamil reconheceu Jonathan; que, anteriormente, Jamil já tinha feito a descrição, próxima com a aparência física de Jonathan; que o furto foi por arrombamento de três portas. Após, os fios foram arrancados. O produto foi levado até a casa de Rafael para separação do cobre; que Jonathan participou da venda, embora negue o furto".

A testemunha Luiz Pedro de Oliveira, em juízo, narrou que "os réus levaram os fios de cobre para venda na casa do Jamil; que era responsável pela guarda patrimonial; que não se recorda dos réus na proximidade; que já os conhecia de outros delitos, pois já foram surpreendidos carregando um ar-condicionado da prefeitura; que confirma o depoimento dado em sede policial; que não havia câmara de monitoramento, pois o delito ocorreu embaixo da arquibancada". (...).".

Nesse ponto, convém salientar que o fato de a testemunha ser agente de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016).

O agente descreveu satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, apresentou declarações coerentes, claras, e narrou os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão do recorrente.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seu depoimento, não havendo qualquer indício que demonstre intenção do depoente em incriminar injustamente o acusado. A apreensão somente foi possível pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes da autoridade 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 do magistrado.

Por sua vez, na fase inquisitorial, o réu Jonathan esclareceu que *"(...) estava tomando pinga juntamente com um colega de nome Bruno, na casa de um colega que conhece como "Pé", o qual não se encontrava pelo local. Ato contínuo, chegou ao imóvel uma viatura policial, cujos policiais perguntaram a respeito de um furto de fios no estádio Municipal. Nega ter furtado os objetos. Porém, nessa manhã, "Pé" entregou um porção de fios ao declarante, solicitando que vendesse para a pessoa de Jamil e ele, então, daria parte do dinheiro ao declarante. Diante dos fatos, foi até a casa de Jamil, que lhe pagou R\$130,00 pelos fios. Ficou com R\$30,00 e entregou o restante do valor ao "Pé". (...)"* e o réu Rafael, vulgo "Pézão", sustentou que *"(...) em data que não se recorde, estava pegando latinhas em via pública e, ao anoitecer, acabou por adentrar no estado municipal e dormiu nas arquibancadas. Ao acordar pela manhã, encontrou alguns fios de cobre cortados e jogados próximo à caixa de energia do loca. Nesse dia, não pegou os fios e passados aproximadamente dois dias, informou ao seu amigo Jonathan Braz da Cruz, vulgo "Tu", a respeito dos objetos, indo ambos ao local e apoderando-se dos mesmos. Ato contínuo, pediu para que Jonathan vendesse os fios para Jamil Cassiano. Não arrombou as portas dos estádio e nem cortou os fios, salientando que, ao chegar no estabelecimento, este já se encontrava com as portas danificadas*

(...)”. Em Juízo, não responderam ao chamamento judicial e tornaram-se revéis.

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado aos réus, pelos elementos da prova testemunhal corroborados pelo laudo pericial.

Em reforço: *“indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxima quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado”* (Código de Processo Penal Interpretado, JULIO FABBRINI MIRABETE, 10ª ed., Atlas, 2003, nº 239, pág. 617).

Da mesma maneira, leciona MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, in A Prova por Indícios no Processo Penal, 1ª ed., Saraiva, 1994, p. 75, reconhecendo, como o faz ADALBERTO DE CAMARGO ARANHA, in Prova no Processo Penal, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 169, que não é razoável negar validade à prova indiciária, que tem valor idêntico ao da direta (art. 239, do CPP). Ainda: *“os indícios, quando não contrariados por contraindícios ou prova direta, autorizam o juízo de culpa do acusado e sua condenação, pois a prova indiciária, quando concludente, não refutada, excluindo todas as hipóteses favoráveis ao réu, descaracteriza a simples presunção, admitindo-se a condenação”* (RJDTACRIM 34/69). E mais, *“Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contraindícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação”* (JTACRESP 51/342).

Presentes, portanto, 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, mantidas as qualificadoras descritas na denúncia

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.

O concurso de agentes foi comprovado satisfatoriamente, 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 co autores 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).

Tão pouco há que se falar em eventual participação de menor importância: “*A incidência da causa de diminuição da participação de menor importância exige prova inequívoca de que a conduta que concorreu para o crime foi mínima. Significa dizer que, com ou sem a conduta irrisória, o resultado criminoso ocorreria. Não se adéqua a esta circunstância a conduta do réu que atua em todas as fases do iter criminis*” (RT 777/694). “*Para a admissão da participação de menor importância é imprescindível que não paire dúvida de que o agir do acusado não tenha influenciado no êxito do desiderato. Se restar indicado que o acusado atuou de forma direta e ativa na empreitada criminosa, há co-autoria*” (RT 797/611).

Assim: “*Impossível reconhecimento de menor importância ao agente que fica do lado de fora dando cobertura para a realização do crime, pois tal atitude contribui valorosamente para a consecução do delito*” (RJDTACRIM 28/58). Da mesma maneira, não se avista tenha o réu pretendido participar de crimes menos graves: “*O agente que se envolve no crime de roubo desde a fase preparatória, com o posterior acompanhamento dos co-réus ao local do cometimento, onde sua função era vigiar e assegurar que os demais desenvolvessem a ação delituosa bem como*

alertá-los de eventuais perigos, exerce uma participação ativa relevante, sendo inadmissível o reconhecimento da participação de menor importância” (RDJTACRIM 15/124); “Impossível o reconhecimento da participação de menor importância ao agente que fica do lado de fora dando cobertura para a realização do crime, pois tal atitude contribui valorosamente para a consecução do delito” (RJDTACRIM 28/58); “Aquele a quem, na divisão de atribuições cabem papéis de Esculca e Motorista, concorre de modo relevante para o crime, pois assegura para os executores imediatos tranqüilidade no desenvolvimento da ação delituosa” (RDJTACRIM 24/218); “Agente que contribui dolosamente para a prática do roubo, transportando comparsas até o local adrede escolhido e ali permanecendo de vigia, bem como para garantir fuga, com integral adesão ao plano criminoso, domina com os demais o “se” e o “como” do delito e não tem participação de menor importância. O crime foi resultante também de sua vontade, orientado para o objetivo comum” (TACRIM-SP AC Rel. Marrey Neto- RJD 3/79); “Em tema de delito patrimonial a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório” (RJDTACRIM 08/96 Rel. Juiz PASSOS DE FREITAS).

Da mesma forma, inatacável a qualificadora referente à escalada, bem descrita na denúncia e confirmada pelo laudo pericial (fls. 72/80).

Ensina Cezar Roberto Bitencourt: “(...) a escalada consiste no fato de penetrar o agente no lugar em que se encontra a coisa objeto da subtração, por via anormal, por entrada não destinada a esse fim e da qual não tem o direito de utilizar-se. E mais: consiste não apenas em ingresso no local por viam incomum, mas, sobretudo, superando obstáculo difícil, que demande o uso de instrumento especial ou de invulgar habilidade do agente. (...)” (Código Penal Comentado, 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545).

Para que não passe sem apreciação, importante a lição da Instância Superior: “A escalada pressupõe superação de obstáculo que demande certo esforço físico da parte do agente” (JUTACRIM 24/361 - TACrimSP Ap. 46.963 Rel. Juiz JOÃO GUZZO 4.^a Câmara). Neste sentido: “Prova pericial não é condição “sine qua

non” para o reconhecimento da escalada, que nem sempre deixa vestígios. Indispensável, porém, esclarecer a altura do obstáculo galgado pelo réu para que se possa averiguar se houve necessidade de emprego de meio instrumental, de destreza ou esforço incomum” (RT 556/345 TACrimSP Ap. 270.347 Rel. Juiz WILSON CASTEJÓN 3ª Câmara). Relevante destacar que: “A escalada pressupõe a entrada em um local por um meio anormal, exigindo do agente esforço físico incomum, como saltar um muro de 1,80 m de altura, conforme ocorrido in casu. A qualificadora da escalada incide contra aquele que não se intimida diante de um obstáculo, demonstrando uma tendência maior do agente em delinquir” (STJ - Col. Quinta Turma. REsp 680743/RS. Rel. Min. GILSON DIPP. j. 2/12/2004).

Ainda, eventual alegação de atipicidade material, sob o fundamento de que o valor da *res furtiva* seria insignificante, deve ser afastada.

De início, imprescindível, a distinção entre valor insignificante e pequeno valor, uma vez que o primeiro poderia excluir o crime, ante a ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado: o patrimônio (atipicidade material), e o segundo poderia caracterizar o furto privilegiado previsto no parágrafo 2º do artigo 155 do Código Penal, apenado de forma mais branda, compatível com a lesividade da conduta.

No caso em apreço, não se mostra insignificante o valor a *res furtiva*, avaliada em R\$ 2.760,00 (fl. 88). Aliás, destemidamente, os apelantes aceitaram as consequências penais para subtraí-la. Clara, pois, a ofensividade ao bem juridicamente tutelado.

Ademais, de acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, sendo necessária a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica (STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 19/11/2004).

Assim, mesmo que fosse insignificante o valor da *res*, impossível, o

reconhecimento do princípio da bagatela, diante da qualidade da vítima Administração Pública, conforme dispõe o enunciado da Súmula 599, do C. STJ: “*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública*”.

Como bem registrado por Guilherme de Souza Nucci “*O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade*” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 17 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 554).

Com efeito: “*A subtração de bens, cujo valor não pode ser considerado ínfimo, não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social*” (STJ - Recurso especial n. 824673/RS, Colenda 5ª Turma, Rel.: Exma. Min. LAURITA VAZ, julg., 14.06.2007). “*O reconhecimento do “crime de bagatela” exige, em cada caso, análise aprofundada do desvalor da culpabilidade, da conduta e do dano, para apurar-se, em concreto, a irrelevância penal* (TACRIMSP, RT 714/381). *Tal princípio pode ser aplicado, apenas, se o bem subtraído for destituído de qualquer valor econômico ou afetivo, quando não produza qualquer diminuição no patrimônio da vítima, consoante jurisprudência abalizada* (Apelação nº 1.006.579/9, julgado em 02/04/1.996, 13ª Câmara, Relator: - LOPES DA SILVA, RJTACRIM 31/157).

Por sua vez, a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno – devidamente descrita na denúncia e confirmada pelas testemunhas - objetiva combater a criminalidade durante o período de maior vulnerabilidade social, já que a chance de consumação delitiva aumenta significativamente no momento em que boa parte da população ordeira está dormindo.

Tendo o crime sido praticado durante a madrugada, em horário de especial proteção, quando, como dito, arrefecida a vigilância pelo particular e pelo Estado, presente a causa de aumento de pena.

O repouso noturno é conceituado como sendo “*(...) o período que*

medeia entre o início da noite, com o pôr do sol, e o surgimento do dia, com o alvorecer.” (Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Anotado, Forense, 14ª ed. 2013, p. 829).

Nesse sentido, continua **Guilherme de Souza Nucci**, in Código Penal Anotado, Forense, 14ª ed., p. 830, conforme decisões colecionadas: “*STJ: “Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, é suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, sendo irrelevante o fato de que o crime tenha sido cometido em estabelecimento comercial que se encontrava fechado. Precedentes” (REsp 1.191.065 – MG, 5ª T., rel. Gilson Dipp, 17.04.2012, v.u.)*”. (...) “*Para considerar-se a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, basta que o furto tenha ocorrido durante o período do repouso noturno, sendo irrelevante se a vítima estava ou não em repouso. 2.1 Da mesma forma, irrelevante é o local onde ocorreu o furto, pois o tipo penal tutela o patrimônio que, durante a noite, torna-se mais vulnerável, dada a carência de vigilância.” (Ap. 2007 03 1 002152-5 – DF, 1ª T.C., rel. João Egmont, 22.07.2010, v.u.)*”.

Ainda: “*Através da figura do furto noturno procurou o legislador reforçar a tutela jurídica à propriedade, perante a maior facilidade que tem o agente em sua empreitada, por encontrar-se a “res” em situação menos defensável. Não visou a lei proteger o sono ou a integridade física da vítima; e, assim, o simples fato de ser a subtração praticada na calada da noite basta ao reconhecimento da majorante” (TACRIM-SP – AC – Rel. GONZAGA FRANCESCHINI). Da mesma maneira: “Praticado o crime de furto durante o tempo que é, pelos costumes sociais, destinado ao repouso noturno, incide a agravante do § 1º do art. 155” (STF – RE – Rel. RAFAEL MAYER – RT 600/459-461 e RTJ 114/1.214).*

Em razão do posicionamento explanado pela Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que estabeleceu, em sede de recurso repetitivo - Tema 1.087, que a causa de aumento aplicada ao crime de furto praticado durante o período noturno não incide na forma qualificada do delito, o d. Magistrado sentenciante optou por valorar a majorante, na primeira fase da dosimetria, como circunstância do crime.

Para hipótese, cumpre observar *“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.”* (STJ; REsp nº 1.888.756/SP Tema 1.087; Ministro Relator João Otávio de Noronha; V. U.; julg. 25/05/2022, gn).

Logo, restou evidenciada a prática do crime de furto qualificado pela escalada, praticado durante o repouso noturno, imputado ao apelante, conduta que se subsume à descrita no artigo 155 §§1º e 4º, inciso II 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, o MM. Juiz “a quo” atento às negativas circunstâncias e consequências do crime e aos demais elementos norteadores do art. 59, “caput”, fixou a pena base, qualificada pela escalada e pelo concurso de agentes, acrescida de 2/5, em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa para cada um dos réus.

O crime de que se cuida tem suas particularidades, porquanto, além de biquilificado, posto que praticado durante o repouso noturno, período de especial proteção, em espaço público prejudicando toda a comunidade.

Nesse sentido: *“As consequências do crime, que o Juiz deverá também levar em conta na aplicação da pena, dizem respeito aos efeitos produzidos pela ação criminosa; “ o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano que é sempre inerente ao delito, não só para a vítima como para a sociedade, o sentimento de insegurança provocado nesta e outros efeitos ainda mais afastados”* (Magalhães Noronha, Direito penal, vol. I/241, 1.989)”, in Código penal e sua interpretação jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, ed. RT. 3ª edição, p.277.

Calha sublinhar que duas são as qualificadoras bem demonstradas sob o crivo do contraditório, 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 **biqualeficacão** 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).

Da mesma forma, cabe notar 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. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Na segunda fase, para o réu Jonathan, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes a reprimenda manteve-se inalterada. Para o réu Rafael reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda foi reduzida em 1/6, perfazendo, 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, tornam-se as penas definitivas tal como fixadas nas fases anteriores.

Por fim, irrepreensível o regime semiaberto fixado na resp. sentença para ambos os réus, posto que em consonância com o disposto no artigo 33, § 2º e 3º, c.c. art. 59, III, ambos do Código Penal, destacando-se o *quantum* de reprimenda imposta e as circunstâncias do caso concreto.

Com aplicação ao caso de que se trata, *mutatis mutandis*: “O Magistrado, ao aferir os requisitos legais para a fixação do regime prisional, não deve adotar uma postura contra fática, devendo lançar mão do conhecimento técnico, da experiência e de sua sensibilidade humana, pois, como ressaltou o eminente jurista Carlos Maximiliano: “(...) Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida(...)” (in “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.60)”, in Apelação nº 0019143-29.2011.8.26.0506, Colenda 3^a Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Silmar Fernandes.

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** aos recursos interpostos pelas d. Defesas, mantendo a resp. sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator