



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000395516

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500430-26.2022.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante GERSON DE ALMEIDA ESPERA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao inconformismo para desclassificar a conduta atribuída a GERSON DE ALMEIDA ESPERA para aquela prevista no artigo 155, §4º, incisos I, II e IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, reduzindo-lhe as penas impostas para 02 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, no piso, mantendo, no mais, a r. sentença, nos termos da fundamentação supra, V.U., de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente), FIGUEIREDO GONÇALVES E MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

ANA ZOMER

Relatora

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO Nº 1500430-26.2022.8.26.0544

Apelante: GERSON DE ALMEIDA ESPERA

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Franco da Rocha

Magistrado(a): Dr(a). Maria Claudia Moutinho Ribeiro

Voto nº 7.619

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. PARCIAL PROVIMENTO. I. Caso em Exame. Apelação interposta pela defesa de Gerson de Almeida Espera contra sentença que o condenou a 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 14 dias-multa, por furto qualificado. A defesa busca absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para tentativa, afastamento de qualificadoras, reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, abrandamento do regime prisional inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. II. Questão em Discussão. 2. A questão em discussão consiste em determinar se a condenação por furto qualificado deve ser mantida ou se há elementos para desclassificação para tentativa, bem como a adequação das penas impostas. III. Razões de Decidir. 3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais. 4. A desclassificação para tentativa é cabível, pois não houve posse tranquila dos bens subtraídos, que foram abandonados devido ao disparo do alarme. IV. Dispositivo e Tese. 5. Recurso parcialmente provido para desclassificar a conduta para furto tentado, com redução das penas para 2 anos e 26 dias de reclusão e 10 dias-multa, mantendo-se o regime semiaberto. Tese de julgamento : 1. A desclassificação para tentativa é justificada pela ausência de posse tranquila dos bens. 2. A compensação parcial entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão é adequada em casos de multirreincidência. Legislação Citada: Código Penal, art. 155, §4º, incisos I, II e IV; art. 14, inciso II; art. 33, §2º, alínea “b”; art. 44, incisos II e III, e §3º. Código de Processo Penal, art. 156. Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no HC nº 446.942/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 04.12.2018. STJ, AgRg no REsp nº 1.976.970/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 05.04.2022. STJ, AgRg no AREsp nº 2.497.505/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 20.02.2024.

Trata-se de Apelação interposta pela d. Defesa de GERSON DE ALMEIDA ESPERA em face da r. sentença de fls. 149/152, cujo relatório acolho, na qual a MMª. Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha condenou-o às penas de 03 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no piso, por incurso no artigo 155 §4º, incisos I, II e IV, do Código Penal; franqueado o apelo em liberdade.

Irresignada, almeja a i. Defesa a absolvição do acusado, com fundamento na insuficiência probatória. Subsidiariamente, busca a desclassificação do delito para sua modalidade tentada, o afastamento da qualificadora do concurso de agentes, a fixação das basilares no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante referente à confissão espontânea, compensando-a com a circunstância agravante da reincidência, o abrandamento do regime prisional para o aberto e a substituição da carcerária por restritivas de direitos (fls. 163/187).

As contrarrazões foram ofertadas (fls. 192/196).

Regularmente processada, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento desta (fls. 210/217).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Fundamento e decido.

A respeitável sentença comporta reparos.

Consoante narra a inaugural, “no dia 14 de fevereiro de 2022, por volta das 04h24min, na Rua Belmonte, 111, Pq. Lanel, nesta cidade e comarca de Franco da Rocha, GERSON DE ALMEIDA ESPERA, qualificado a fls. 10, previamente ajustado e com unidade de desígnios com terceiro ainda não identificado, subtraiu para o benefício de ambos, mediante escalada e arrombamento (cf. laudo pericial de fls. 82/87) e durante o repouso noturno, coisas alheias móveis, consistentes em 30 latas de leite, 01 caixa de fermento em pó, 06 kg de carne bovina, 01 batedeira industrial e 01 carrinho de transporte, avaliados em R\$5.000,00 (cinco mil reais), conforme auto de exibição e

apreensão de fls. 17 e auto de avaliação de fls. 16, todos os bens pertencente à Prefeitura Municipal de Franco da Rocha.

Segundo o apurado, na data dos fatos, GERSON e seu comparsa, imbuídos de manifesto animus furandi, deslocaram-se até o local dos fatos, escalaram o muro, arrombaram uma janela e entraram no imóvel, um depósito que oferece alimentos às EMEB's do Município, e subtraíram os produtos acima elencados.

GERSON foi encaminhado à presença da autoridade e, interrogado, confessou o crime.” (fls. 94/95).

Em virtude destes fatos, GERSON foi denunciado como incurso no artigo 155, §1º e §4º, incisos I, II e IV, do Código Penal; finda a instrução, restou condenado na forma da tipificação supra, afastada a causa de aumento referente ao repouso noturno.

Pois bem.

A materialidade foi devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01); boletim de ocorrência (fls. 02/04); auto de exibição e apreensão (fls. 15); auto de avaliação (fls. 16); auto de avaliação, apreensão e entrega (fls. 17); filmagens do circuito de segurança (fls. 19); acervo fotográfico (fls. 20/23); relatório final (fls. 69/70); laudo pericial de exame do local dos fatos (fls. 82/87); laudo pericial de exame em objeto (fls. 88/89); assim como pelas demais provas carreadas ao todo.

Da mesma forma, não pairam dúvidas em relação à autoria delitiva.

As testemunhas *Ronaldo Nates* e *Walter Simão da Silva*, guardas municipais responsáveis pelo flagrante, apresentaram depoimentos harmônicos e complementares quanto aos pontos nucleares dos fatos, em conformidade com a vestibular. Reportaram, em apertada síntese, que, *“quando chegaram ao local citado na ocorrência, foram encontrados os mantimentos jogados do lado de fora do almoxarifado da prefeitura, contudo, que o réu não foi encontrado no local, vez que o alarme disparou, razão pela qual o réu deixou os mantimentos furtados do lado de fora. Logo após, foram informados das vestes e características do indivíduo avistado no local do furto e, após fazer uma ronda nas proximidades, encontraram o réu, desprovido de*

itens de interesse policial. Abordado e indagado pela equipe de segurança, o réu teria confessado o crime. No mais, uma das testemunhas esclareceu que o réu foi avistado nas filmagens das câmeras de segurança do interior do almoxarifado praticando o furto e acrescentou que, para adentrar o local, era necessário passar por um muro e por uma janela do local.” (fls. 05, 06, 144 e gravação audiovisual).

O ora apelante, conquanto tenha confessado a imputação contra si irrogada no inquisitivo, alegando ser “usuário de crack e [ter] entr[ado] no prédio local do fato com um indivíduo que desconhece” (fls. 07), submetido ao contraditório retratou-se do tanto, negando a autoria do delito em realce e aduzindo que “foi visitar seus pais e não pôde sair naquele horário, pois estava de RA. Quando saiu, às 4h da manhã, foi abordado pelos policiais, os quais aparentavam estar sob efeito de bebidas alcóolicas. Quando informou aos agentes que estava em RA, foi agredido pelos policiais, atestando que o flagrante foi forjado e ocorreu em razão de seus antecedentes criminais” (fls. 144 e gravação audiovisual).

Pese o louvável esforço defensivo, a absolvição é meta que não vinga; recorro que o ônus de comprovar a tese invocada era do próprio acusado, tal qual reza o artigo 156 do Código de Processo Penal. Não basta alegar, deve-se validar o que se argui (**STJ, AgRg no HC nº 446.942/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/12/2018, DJe em 18/12/2018; e STJ, AgRg no HC nº 766.850/SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe em 30/3/2023**).

A teor do disposto no artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, ratifico os fundamentos de fato e de direito da decisão recorrida, escorada nos elementos informativos amealhados na investigação preliminar e nas provas produzidas em juízo, com os acréscimos e observações que seguem.

Como já repisado, os guardas municipais narraram a ocorrência de forma concorde, detalhando-lhe os elementos centrais de maneira coerente e confirmando a responsabilidade do réu pelo delito a que inculpado.

De se realçar que, quanto ao depoimento dos agentes públicos, pacífico o entendimento de que a simples profissão por eles exercida não enseja seu recebimento com reservas, posto que gozam de fé pública e são colhidos sob o compromisso de externar a verdade (*STF, HC nº 74.608-0/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., Ementário 1864-5/1021; e STJ, AgRg no AREsp nº 1.997.048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe em 21/2/2022*).

Demais disso, sobejamente demonstradas as qualificadoras imputadas, eis que o réu agiu conluiado com terceiro de identidade desconhecida, previamente ajustados e unidos em desígnios, com nítida divisão de tarefas, conforme se depreende das imagens do circuito de segurança acostadas nas fls. 19.

A escalada e ao rompimento de obstáculo restaram igualmente bem desenhados pelo conjunto probatório, especialmente pela prova oral produzida e pelo laudo pericial de fls. 82/87, o qual constatou: “*Na janela de vidro e metal voltada para a de iluminação e ventilação do tipo vitrô pivotante confeccionada com armação metálica foram constatados sinais de rompimento de obstáculo Para esse acesso, os criminosos venceram uma altura de 3,8m até um platô, mais uma altura de 1,0m até a parte inferior da janela. [...] Foi constatado arrombamento na porta metálica que dá acesso ao almoxarifado.*” (fls. 84 e 86).

Malgrado, há que se acolher a forma tentada do delito.

A conjuntura perquirida não permite entrever a nítida inversão da posse dos bens destacados, ainda que momentânea, sobretudo pela interferência de circunstâncias alheias à vontade do insurgente no *iter criminis*. Destaco que a testemunha *Ronaldo Nates*, ouvida sob o crivo do contraditório, afirmou que o alarme do local dos fatos foi acionado, o que teria levado o acusado a abandonar os bens do lado externo do depósito, de modo que, quando abordado pela equipe, não portava qualquer objeto de interesse policial.

Observa-se, portanto, que o bem jurídico tutelado (patrimônio

da vítima) não restou desguarnecido, tendo sido prontamente recuperado e restituído à municipalidade (fls. 17).

A respeito do crime tentado, oportuno trazer à baila as lições sempre atuais de Nélson Hungria: *“A tentativa é um crime em si mesma, mas não constitui crime sui generis, com pena autônoma: é violação incompleta da mesma norma de que o crime consumado representa violação plena, e a sanção dessa norma, embora minorada, lhe é extensiva. (...) Atos de tentativa são, necessariamente, atos de execução. A figura da tentativa só é concebível, logicamente, dentro da noção realística de crime. Se se abstrai a exigência de um ataque direto ao bem jurídico (somente possível com atos executivos), para dar-se relevo decisivo ao propositum delinquendi, já não haveria, sequer, razão para a antítese 'tentativa-consumação' ou que se tenham em conta os graus de realização do crime (...)”*¹.

Isto posto, forçoso concluir que o apelante não teve a posse de fato dos bens subtraídos, ainda que por breve espaço de tempo, daí não se aplicando o entendimento vinculante do C. Superior Tribunal de Justiça sob o Tema Repetitivo nº 934. Calha trazer à baila a jurisprudência daquele Tribunal Superior e desta C. Câmara Criminal: *“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO DE APARELHO DE SOM. CONSUMAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU PRESO EM FLAGRANTE DENTRO DO VEÍCULO. ACONDICIONAMENTO DA COISA NA MOCHILA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Consoante entendimento firmado por esta Corte no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.524.450/RJ: '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'. 2. A teoria da consumação do furto adotada pelas Cortes Superiores - apprehensio ou amotio - "distingue a remoção em dois momentos: a apreensão (apprehensio) e o traslado de um lugar a outro (amotio de loco in locum)", como destacado por Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 935). 3. A retirada do aparelho de som do painel do carro, com a prisão em flagrante do réu, ainda dentro do veículo, não caracteriza a consumação do furto. O fato de que o bem já estava acondicionado dentro da sua mochila demonstra o quanto do iter criminis já havia sido percorrido e serve, portanto, de critério para a aplicação da pena no*

¹ NUCCI, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 72-78, grifos nossos.

crime tentado. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no REsp nº 1.976.970/DF, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe em 12/4/2022); e “Apelação. Furto tentado. Alegado crime impossível. Não ocorrência. Acusado que logrou apoderar-se da res furtiva e deixar o estabelecimento comercial, sendo detido próximo à via pública. Possibilidade de consumação. Meio eficaz. Condenação mantida. Penas corretamente dosadas. Apelo improvido.” (TJSP, Apelação Criminal nº 0057331-60.2012.8.26.0602, 16ª Câmara de Direito Criminal, Relator Desembargador Guilherme de Souza Nucci, julgado em 24/02/2015, DJe em 24/02/2015).

De rigor, pois, a desclassificação almejada.

Avanço à análise da dosimetria das penas e das teses que lhes são correlatas.

As basilares foram adequadamente fixadas acima do mínimo legal ante as circunstâncias judiciais negativas. Ressalto que, em conformidade com a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, existindo mais de uma qualificadora, é possível que uma delas seja usada para qualificar o delito e as demais sejam consideradas nesta primeira fase para negativar os vetores inculpidos no artigo 59 do Estatuto Repressivo (*STJ, AgRg no HC nº 899.541/MS, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN em 24/2/2025*).

Todavia, constato a existência de equívoco no cálculo dosimétrico; aplicados os critérios estabelecidos pela d. Magistrada sentenciante, isto é, o aumento de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial negativa, consideradas, para o tanto, a maior reprovabilidade das circunstâncias e das consequências do delito, em razão do emprego de escalada e do rompimento de obstáculos, chega-se à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, no piso, e não de 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 12 (doze) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa, no piso.

Contudo, a fim de evitar o indesejável *reformatio in pejus*, mantenho o quanto consignado no r. *decisum*, em especial tendo em vista que, na fase subsequente, o equívoco se mostra corrigido ante a utilização dos valores corretos como base de cálculo para os aumentos promovidos.

Superado o ponto, na etapa intermediária, corretamente reconhecida a agravante da reincidência (fls. 24/32); necessário, entretanto, acolher-se a atenuante da confissão espontânea, ainda que externada apenas em sede policial e retratada em juízo. Assim: *“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DESCONEXAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. INCIDÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DA UTILIZAÇÃO NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TRANSPORTE DE DROGAS. MULA. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. (...) 4. Verificada, de ofício, a ocorrência de ilegalidades quanto ao não reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea e da minorante do tráfico privilegiado, na segunda e terceira fases da dosimetria, respectivamente, revela-se necessária a concessão de habeas corpus quanto a esses aspectos. 5. A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, a aplicação da atenuante em questão é de rigor, "pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retração em juízo" (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015). A matéria encontra-se sumulada, consoante o enunciado n. 545 desta Corte Superior. 6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal, na apreciação do REsp n. 1.972.098/SC, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 14/6/2022, DJe 20/6/2022, firmou o entendimento de que o réu fará jus à atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, ainda que a confissão não tenha sido utilizada pelo julgador como um dos fundamentos da condenação, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada. Precedentes. 7. In casu, reconhecida, no acórdão recorrido, a existência de confissão extrajudicial da ré (e-STJ fls. 485, 487 e 489), de rigor a incidência da atenuante genérica.(...) 11. Agravo regimental não conhecido e concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus, para reconhecer a incidência da atenuante da*

confissão espontânea e da minorante do tráfico privilegiado, redimensionando a reprimenda definitiva, mantidos os demais termos da condenação” (STJ, AgRg no AREsp nº 2.497.505/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe em 26/2/2024 – grifos nossos).

Nada obstante, verifico que o réu possui dupla reincidência (execução de pena nº 7000044-60.2011.8.26.0309, roubo tentado, trânsito em julgado em 08/11/2010; e execução de pena nº 7000270-59.2009.8.26.0269, roubo majorado, trânsito em julgado em 16/01/2012 – fls. 24/32 e 129/133).

Destarte, conforme entendimento reinante no C. Superior Tribunal de Justiça, de fato não é cabível *in casu* a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, sendo adequado, tão somente, que seja promovida de forma parcial. A propósito: “*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MULTIREINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A multireincidência revela maior necessidade de repressão e rigor penal, a prevalecer sobre a atenuante da confissão, sendo vedada a compensação integral. Precedentes do STJ. 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC 620.640/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021); AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DE AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (...) 2. Tratando-se de réu multirreincidente, cabível a compensação parcial da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, tal como ocorre na espécie, em que o paciente ostenta três condenações transitadas em julgado, tendo sido utilizada uma para negativar os **antecedentes e duas para reconhecer a reincidência**. 3. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no HC 626.637/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe em 08/02/2021 – grifos nossos); nesta senda, também esta C. 1ª Câmara: “Portanto, em face dos maus antecedentes mencionados, suficiente o acréscimo*

*em 1/6, como se fez na sentença, fixada a base em 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, piso. Na segunda fase, tendo em vista a multirreincidência e considerando a atenuante da confissão - valioso meio de prova que confere ao julgador a certeza moral de uma condenação - adequado o aumento em 1/6, somando 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, mais 12 dias-multa” (TJSP, **Apelação Criminal nº 1517121-84.2020.8.26.0577, Relator Figueiredo Gonçalves, 1ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 12/01/2021, DJe em 12/01/2021**); e “Sendo assim, remanescendo somente a multirreincidência do réu (fls. 34/36), esta agravante deve ser parcialmente compensada com a atenuante da confissão espontânea, incidindo o aumento de um sexto nessa etapa, de modo que as penas alcançam o total definitivo de um ano e dois meses de reclusão e onze dias-multa, no piso mínimo” (TJSP, **Apelação Criminal nº 1517918-40.2020.8.26.0228, Relator Mário Devienne Ferraz, 1ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 29/11/2020, DJe em 29/11/2020**).*

Isto posto, conservo a exasperação em 1/6 (um sexto), tal qual promovida na origem, atingindo o *quantum* de **03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, além de 14 (quatorze) dias-multa, no piso.**

À mingua de causas de aumento, mas presente a causa de diminuição relativa à tentativa, entendo adequado o decréscimo de 1/3 (um terço) da sanção, em razão do *iter criminis* percorrido, porquanto, em virtude do acionamento do alarme de segurança, o apelante abandonou a *res furtiva* na parte externa do estabelecimento, sendo detido pelos guardas civis já em via pública. Assim, as penas se estabilizam, nesta instância, em **02 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, no piso.**

O regime semiaberto, eleito para cumprimento inicial da aflição, há de ser mantido, tendo por norte a quantidade de pena aplicada, sopesada com a dupla reincidência e as circunstâncias judiciais negativas, nos moldes do artigo 33 §2º, alínea “b”, do Código Penal.

GERSON não preenche as fórmulas talhadas no artigo 44, incisos II e III, e §3º, do Código Penal; fica-lhe obstada, pois, a substituição da carcerária por restritivas de direitos (STJ, *HC nº 487.325/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe em 1/3/2019; AgRg no HC n.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

761.033/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022; e AgRg no AREsp n. 2.317.966/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 25/8/2023).

Dito isto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao inconformismo para desclassificar a conduta atribuída a GERSON DE ALMEIDA ESPERA para aquela prevista no artigo 155, §4º, incisos I, II e IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, reduzindo-lhe as penas impostas para 02 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, no piso, mantendo, no mais, a r. sentença, nos termos da fundamentação supra.

Em atenção ao parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida.

ANA ZOMER
RELATORA