



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000397426

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506924-11.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIZ FERNANDO KISS DOMINGOS, 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 ao recurso. 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, 25 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9675

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1506924-11.2024.8.26.0228

Apelante: Luiz Fernando Kiss Domingos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL – Furto majorado (art. 155, §1º, do Código Penal). Sentença condenatória. Materialidade e autorias delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos da vítima e testemunhas. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Atipicidade não configurada. Crime consumado. Sentença Condenatória mantida. Dosimetria escoreita. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Multirreincidência a justificar o agravamento em $\frac{1}{4}$ da pena. Presença da majorante do repouso noturno. Regime fechado mantido (maus antecedentes e reincidência). Recurso improvido.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Luiz Fernando Kiss Domingos contra a r. sentença (fls. 139/146), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condená-lo como incurso no art. 155, §1º, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, fixados no mínimo legal.

A d. Defesa, em suas razões recursais (fls. 170/185), pugnou pela absolvição, por insuficiência probatória e atipicidade. Requereu a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação de fração menor para a reincidência (1/6), o afastamento da majorante, reconhecimento da tentativa e fixação o regime inicial mais brando.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 189/198), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 209/214).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que Luiz Fernando Kiss Domingos foi processado como incurso no art. artigo 155, §§ 1º e 4º, inc. I e II, todos do Código Penal, pois, segundo a denúncia, dia 14 de março de 2024, por volta de 5 horas e 20 minutos, à Avenida Marquês de São Vicente, 2853, Barra Funda, nesta Capital, subtraiu, para si, durante o repouso noturno, mediante escalada e rompimento de obstáculo, um medidor e dez metros de fios, avaliados em R\$ 700,00 (setecentos reais) pertencentes à Igreja “The Ramp Church”- São Paulo.

Segundo apurado, o denunciado pulou o muro do imóvel e, no estacionamento, apossou-se de um medidor e 10 (dez) metros de fios, após romper a fiação. A empresa de monitoramento foi acionada e enviou um segurança para o local. No estacionamento, tal funcionário se deparou com o acusado, o qual tentou fugir, pulando o muro, mas foi detido com o auxílio de um motoboy, que passava nas proximidades.

Em poder do denunciado, foi encontrado um saco, no qual estavam os bens subtraídos, além de um alicate, usando na empreitada criminoso.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge o réu, por meio do presente recurso.

Pois bem. O conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime imputado ao réu.

A materialidade delitiva, consistente nos elementos sensíveis do fato delituoso, resultou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 10), boletim de ocorrência (fls. 04/07), auto de exibição e apreensão e entrega (fls. 24/25), auto de avaliação (fls. 26/27), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva, igualmente, é inconteste, tendo em vista as declarações prestadas pelo representante legal da vítima e das testemunhas (fls. 138 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo do depoimento colhido nos autos feito pela i. Magistrada sentenciante (fls. 139/146), posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) Em juízo, o representante da vítima Tiago de Jesus Eleoterio

confirmou a narrativa de suas declarações extrajudiciais e disse que não presenciou os fatos, explicando que, quando chegou ao local, o agente já estava detido na viatura policial. Contou que cuidava da parte de segurança e monitoramento da igreja. Na data dos fatos recebeu uma ligação dando conta de que alguém havia ingressado no imóvel, tendo retirado cabos e medidor de energia dali. A polícia também foi acionada e compareceu ao local. Explicou que o medidor ainda não foi instalado novamente, pois tiveram de comprar novos cabos. Tiveram mais de R\$ 1.000,00 de prejuízo entre a compra de novo material e a mão de obra para instalação. Tomou conhecimento pela empresa de monitoramento de que o réu entrou no local descendo como se fosse para a garagem do subsolo e depois pulando o muro, que tem uma grade em cima, totalizando cerca de quatro metros de altura. O réu foi detido do outro lado da rua, em frente à igreja.

A testemunha Bruno Ferreira da Silva asseverou, em juízo, que trabalha como motoboy e passou pelo local, quando viu o réu correndo, com um saco na mão, e sendo perseguido pelo segurança do local. Assim, auxiliou o segurança a deter o réu, imobilizando-o até a chegada da polícia militar. Com o réu havia fios e um medidor, além de uma ferramenta. Descobriram que o crime estava ocorrendo porque quando cortou os fios, a energia caiu. O réu nada declarou quando foi detido. Não o viu pulando o muro. Disse reconhecer o réu. A testemunha Márcio Roberto Santos Fonseca, em sede policial (fl. 11), disse 'que é segurança particular da empresa de monitoramento "Digital Protection" e, nesta madrugada, teria sido acionado pela empresa para comparecer à Av. Marquês de São Vicente, 2853, pois um indivíduo estaria no interior da igreja praticando furto, e ao chegar no local, o referido indivíduo evadiu-se pulando o muro da igreja, porém conseguiu detê-lo mediante uso de força física moderada, com auxílio de um motoboy, de nome BRUNO, que

passava pelo local. Informa ainda que o indivíduo estava com um saco e uma alicate na mão. No interior do referido saco havia certa quantidade de fios subtraídos da igreja. Que a empresa acionou a Polícia Militar, tendo uma equipe comparecido no local, algemado o indivíduo e todos foram conduzidos para o 91º DP (...)."

Nesse ponto, convém salientar que, em se tratando de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando rica em detalhes, harmônica e coerente, como ocorre na espécie.

A respeito, já se pronunciou esta C. Câmara Criminal:

APELAÇÃO DEFENSIVA. FURTO SIMPLES E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. (1) MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS. (...) 1. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de furto simples e consumado, sobretudo pela palavra da vítima e das testemunhas arroladas pela acusação, todas em Juízo, bem como em razão da confissão do réu e do encontro de parte das "rei" em poder do réu. 2. **A palavra da vítima assume fundamental importância, eis que, em sede de crimes patrimoniais, normalmente tocados de clandestinidade, é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais.** Precedentes do STF (ARE 1.347.944/DF – Rel. Min. LUIZ FUX – Presidente – j. em 06/10/2021 – DJe 07/10/2021 e ARE 873.944/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – j. 08/06/2015 – DJe de 03/08/2015) e do STJ (EDcl no AgRg no HC 697.873/SC – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 08/02/2022 – DJe de 15/02/2022 e AgRg no AREsp 420.467/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 02/10/2018 – DJe de 10/10/2018). (...) 16. Improvimento do recurso defensivo.

(TJSP; Apelação Criminal 1500056-49.2024.8.26.0573; Relator (a): Airton Vieira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal;

Foro de São Manuel - 2ª Vara; Data do Julgamento: 09/10/2024;
Data de Registro: 09/10/2024, g.n.)

Mister consignar, ademais, 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.

Aliás, o depoimento do policial constitui meio idôneo a corroborar o conjunto probatório e ainda embasar o decreto condenatório, conforme já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça: *“O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo, podendo embasar a condenação do réu. Assim, por exemplo, as declarações dos policiais militares responsáveis pela efetivação da prisão em flagrante constituem meio válido de prova para condenação, sobretudo quando colhidas no âmbito do devido processo legal e sob o crivo do contraditório. A defesa pode demonstrar, no caso concreto, que as testemunhas não gozam de imparcialidade, sendo, contudo, ônus seu essa prova”*. (STJ. HC 395.325/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, Julgado em 18/05/2017).

Logo, consoante entendimento sedimentado da jurisprudência pátria, o depoimento dos agentes de segurança goza de validade e relevante importância probatória, sobretudo quando submetido ao contraditório e em consonância com outras provas existentes no processo.

O policial descreveu satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentando declarações coerentes, claras, e narrou os fatos com precisão.

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, sendo certo que o esforço empreendido pelo agente não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, o relato é válido e deve ser avaliado como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do julgador.

O réu, por sua vez, no interrogatório judicial, negou os fatos, acrescentando que *“acordou 4h da manhã e foi fazer reciclagem na Marques de São Vicente, quando foi abordado a dois quarteirões da igreja, para onde o levaram. Em sua posse havia fios, ferro e plásticos. Não tinha medidor em sua posse. Não conhecia nenhuma das testemunhas”*.

Sem credibilidade alguma a palavra do acusado, porquanto se encontra isolada dos demais elementos probatórios carreados aos autos.

No mais, apreensão da coisa vinculada ao apelante, sem justificativa plausível, transmuda em certeza a presunção de autoria e a condenação prescinde de confissão. Nesse sentido: *“Some-se que a jurisprudência tem reiteradamente decidido que 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, por isso mesmo, o desate condenatório”* (TJESP, Apelação Criminal nº. 0000128-28.2010.8.26.0274, Rel.: Exmo. Des. **SOUZA NERY**, julg., 15.12.2011).

Importante realçar, ainda, que: *“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 contra-indícios 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 contra-indícios ou alibi, comprovados, autorizam a condenação”*

(JTACRESP 51/342).

Cabe realçar, por importante que: “*SENTENÇA CRIMINAL Condenatória Inaceitável exigir, para a prolação do édito condenatório, grau absoluto de certeza, condição incompatível com as limitações inerentes à natureza humana, assim, o acolhimento da pretensão punitiva é possível a partir de prova que, ainda que não conducente à certeza plena, afaste a presença de dúvida razoável, de forma que para a condenação é suficiente a evidência que afaste dúvida significativa, seja a respeito da materialidade da infração, seja sobre a respectiva autoria Recurso ministerial provido.*” (Apelação Criminal nº 1.092.965-3/4 São Paulo Col. 9ª Câmara Criminal Rel. Exmo. Des. **SOUZA NERY** 12.03.08 v.u. Voto nº 12.904).

Do exposto, infere-se que os depoimentos da vítima e das testemunhas foram harmoniosos entre si e afinados com as demais provas, permitindo extrair elementos suficientes para comprovação da autoria e materialidade do crime de furto.

Não há falar na ocorrência de crime impossível, uma vez que eventual existência de câmeras de segurança no local não constitui absoluta ineficácia do meio executório, a teor do enunciado da Súmula nº 567 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “*Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.*”

Ademais, resta inviabilizado o reconhecimento da pretendida atipicidade material, porquanto a *res furtiva* foi avaliada em R\$ 700,00 (setecentos reais), tendo o prejuízo total estimado em R\$ 1.000,00 (um mil reais), valor superior a 10% do salário-mínimo vigente à época (R\$ 1.412,00), não se encontrando presentes os demais pressupostos para a subsunção da hipótese *sub judice* ao princípio da insignificância, que não considera, tão somente, o valor do bem subtraído.

De acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o referido princípio 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).

Inicialmente, verifica-se que o apelante aceitou as consequências penais para a subtração. Clara, pois, a ofensividade ao bem juridicamente tutelado.

No mais, o autor é portador de maus antecedentes e reincidência, do que exsurge o elevado grau de reprovabilidade do comportamento, circunstância que impede o reconhecimento do princípio da insignificância.

Nessa linha de raciocínio, vale conferir precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO PRIVILEGIADO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO (...). II - A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo, concurso de agentes, **ou se o paciente é reincidente ou possuidor de maus antecedentes**, indica a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. III - Na hipótese, o paciente foi condenado pela prática de furto qualificado, mediante o concurso de pessoas, e ostenta maus antecedentes. **Na linha de precedentes desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível o princípio da insignificância com sua conduta.** Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 355.468/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJe 6.10.2016, g.n.).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. ELEVADO GRAU DE

REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. II - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que o agravante é reincidente (precedentes) Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1225890/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, Julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CONFIGURADO. RÉU REINCIDENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. VALOR DA *RES FURTIVA* SUPERIOR AO PERCENTUAL DE 10% DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CONFIGURADO. CIRCUSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A **reincidência e a habitualidade delitiva têm sido compreendidas como obstáculos iniciais à tese da insignificância**, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal. Ademais, não cabe o princípio da bagatela quando o valor do bem furtado supera o percentual de 10% do salário-mínimo em vigor à época dos fatos.
2. Com relação à teoria do crime impossível aventada pela defesa, não há o que ser reparado no acórdão recorrido, tendo em vista o Enunciado n. 567 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.
3. O **reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência justificam até mesmo a fixação do regime inicial fechado**, quanto mais o semiaberto para réu que foi condenado à

pena inferior a quatro anos de reclusão.

4. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC 821197/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, Julgado em 28/08/2023, DJe 30/08/2023, g.n.).

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 - REsp. 824673/RS, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, Julgado em 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**).

No mais, não é caso de reconhecimento do delito na forma tentada, eis que a consumação ocorreu com a inversão da posse do bem, de forma mansa e pacífica, ainda que por breve lapso de tempo, já que a *res furtiva* foi retirada do lugar de origem, sobretudo porque o réu foi “*detido já do lado de fora da igreja*”, “*tendo retirado cabos e medidor de energia dali*”, conforme bem ressaltado na r. sentença.

Neste sentido é 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 MANSA 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. (REsp 1524450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015, g.n.).

Por sua vez, a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno – 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 o período da noite, em horário de especial proteção, quando, como dito, arrefecida a vigilância pelo

particular e pelo Estado, resta configurada a hipótese do repouso noturno.

Presentes, portanto, todos os elementos descritivos do tipo penal incriminador – notada a tipicidade por extensão para o furto praticado, o *animus furandi*, pelo *modus operandi* e o *animus rem sibi habendi*, o desate condenatório, na ausência de justificativa ou dirimente é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria da pena e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, a MMª Juíza *a quo* exasperou o mínimo legal à razão de 1/3, fixando a pena-base em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, diante dos antecedentes ostentados pelo réu (fls. 33/42), dos prejuízos causados pela infração “*considerando o prejuízo financeiro pela compra de novo material e a mão de obra para instalação*”, bem como da conduta social do agente, que “*praticou novo delito no curso do cumprimento de pena*”.

Na hipótese, o apelante ostenta extenso histórico criminal (três condenações pretéritas com trânsito em julgado: 0016794-87.2016, 0053730-14.2016, 0089733-41.2011), a ensejar maior incremento da basilar, consoante posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REITERAÇÃO DELITIVA. AFASTAMENTO DA VETORIAL. AUMENTO DE 1/4 PARA CADA VETORIAL NEGATIVADA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA.

1. Aspectos da vida pregressa do paciente, como eventual reiteração delitiva, não podem ser considerados para exasperar a pena-base pela valoração negativa da vetorial circunstâncias do crime, devendo ser decotada, *in casu*, a vetorial circunstâncias do crime, porquanto condenações pretéritas somente podem ser valoradas nos maus antecedentes, consoante julgamento firmado no REsp n. 1794854/DF, julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

2. Ainda que a lei não estabeleça percentual, esta Corte de Justiça

tem jurisprudência consolidada de que é proporcional a fração de 1/6 de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, **para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base, ressalvada a apresentação de elementos concretos, idôneos e suficientes a justificar a imposição de patamar superior**, o que não ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental improvido”.

(STJ, AgRg no Habeas Corpus nº 825.816, 6ª Turma, Des. Min. Jesuíno Rissato, Data do Julgamento: 11/09/2023, g.n.)

No mais, revela-se acentuada a culpabilidade (proc. nº 7003204-50.2018), conforme jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça: *“a pena-base foi aumentada com fundamento na culpabilidade, considerando o fato de o paciente ter cometido o crime enquanto cumpria pena em regime semiaberto, o que demonstra maior reprovabilidade da conduta”*. (STJ, HC n. 850.466/SC, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024, DJe de 11/11/2024).

Não se olvide, 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).

Oportuno realçar, também, 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. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-

base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida tal como lançada.

Na segunda fase, verificada a multirreincidência, circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, a reprimenda sofreu o recrudesimento de 1/4, atingindo 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

In casu, trata-se de réu portador de três condenações com trânsito em julgado no período depurador (proc. nº 0017417-54.2016, 0022227-04.2018 e 0024019-90.2018), a evidenciar que as punições anteriores não cumpriram a finalidade da pena, quais sejam, repreensão, retribuição e ressocialização, ensejando tratamento mais rigoroso ao agente recalcitrante, em detrimento do episódico, à luz do princípio da individualização da pena.

Ao discorrer sobre o tema, bem pontou o então E. Ministro do Pretório Excelso Marco Aurélio: “(...) *Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade. **Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes. Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, **evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico,*****

que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa (...)”. (STF, RE 453.000, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 04/04/2013, g.n.)

Em hipótese análoga, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) ENTRE O INTERVALO DAS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS. PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. CRITÉRIOS ARITMÉTICOS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. FRAÇÃO DE 1/12 (UM DOZE AVOS). INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MULTIRREINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. O Código Penal não estabelece fração mínima ou máxima de aumento de pena a ser aplicada, cabendo ao magistrado estabelecer o quantum de exasperação, com observância de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação, a teor do art. 93, IX, da CF/88. Com efeito, os parâmetros adotados pela jurisprudência e pela doutrina, diante do silêncio do legislador em estabelecer critérios matemáticos para o aumento da pena-base, são meramente indicativos e não vinculantes, sendo até possível estabelecer a pena-base no patamar máximo com fundamento em apenas uma circunstância judicial desabonadora (AgRg no AREsp n. 2.306.603/DF, relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de de 2/6/2023).

3. Da análise dos excertos acima transcritos, observo que o

acordão impugnado reconheceu expressamente que o insurgente possui 3 (três) condenações criminais. No ponto, embora reconhecida a atenuante da confissão no presente caso, é inviável a compensação integral com a agravante da reincidência, considerando que o recorrente é multirreincidente. Nesse contexto, vislumbro que não há ilegalidade a ser corrigida, até mesmo porque **não se revela irrazoável ou desproporcional a elevação da pena em patamar inferior a 1/6 (um sexto), haja vista a quantidade de delitos anteriormente praticados,** bem como a inexistência de direito subjetivo à elevação da pena no patamar de 1/12 (um doze avos).

(...)

6. Agravo regimental desprovido”.

(STJ, AgRg no AREsp 2.480.609, 6ª Turma. Min. Rel. Teodoro Silva Santos, Data do Julgamento: 06/02/2024, g.n.)

Tal entendimento é corroborado por esta C. Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. Estelionato. Recurso da Defesa. Tese de atipicidade da conduta ao argumento de que houve simples desacordo comercial. Descabimento. (...) **Duas condenações geradoras de reincidência.** Redução do aumento de 2/5 para 1/5. Regime inicial fechado mantido, ante as circunstâncias judiciais negativas e reincidência. Súmula 269 do STJ. Vedada a aplicação dos benefícios previstos no art. 44 e 77 do CP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500032-56.2022.8.26.0584; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 06/11/2024; Data de Registro: 06/11/2024, g.n.)



Na derradeira fase, ausentes causas redução, a majorante do repouso noturno ensejou aumento da reprimenda em 1/3, totalizando 02 (dois) anos,

02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

Por fim, bem marcado o regime inicial fechado para o apelante, reincidente e portador de maus antecedentes criminais, consoante o disposto no artigo 33, § 2º e §3º, c.c. artigo 59, inciso III, todos do Código Penal.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto simples. Sentença condenatória. Insurgência do acusado restrita à reprimenda e regime aplicados. Pleitos de reconhecimento da modalidade tentada do crime, imposição de regime inicial aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e concessão de liberdade provisória. Parcial cabimento. Redução na exasperação procedida na primeira fase da dosimetria. Culpabilidade e maus antecedentes do acusado que autorizam o acréscimo de 1/5 na pena-base. Consumação verificada. Esgotamento dos atos de execução do delito e inversão da posse dos objetos. Inteligência do Tema 934 do STJ. **Regime inicial fechado mantido, em razão dos maus antecedentes e da reincidência.** Situação fático-processual ensejadora da prisão preventiva da apelante inalterada. Sentença reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500400-80.2024.8.26.0621; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Aparecida - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/12/2024; Data de Registro: 09/12/2024, g.n.)

Deve suportar o réu, que não tem os mecanismos repressão e prevenção do Estado como aptos a demovê-lo do ímpeto criminoso, todas as etapas para ressocialização.

Nesse sentido: *"A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais"* (TACRIM/SP - Ap. JOSÉ HABICE - j. 09.03.1998 -

RJTACrim 37/354). Da mesma forma: *“Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.”* (STF - Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, Col. 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).

Acerca da matéria, o E. Superior Tribunal de Justiça se posicionou: *“A interpretação do § 2º, do art. 33, letras b e c, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu **reincidente** deve cumprir a pena em regime inicial fechado. Precedentes do STJ”* (STJ Resp. nº 77.373 Rel. Min. WILLIAM PATTERSON. Col. 6ª Turma - julg., em 27.2.96 DJU nº 91, 13.5.96, p. 15.583). Da mesma forma: Quando cuida do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, leciona DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS que, *“Nas hipóteses b e c, o condenado **reincidente** inicia o cumprimento da pena em regime fechado”* (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS “Direito Penal”, 1º volume, Saraiva, 12ª edição, p. 460). Diferente não é a lição de JULIO FABBRINI MIRABETE não dissente: *“Estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão, **reincidentes** ou cuja pena seja superior a oito anos”* (JULIO FABBRINI MIRABETE “Manual de Direito Penal”, 1º volume, 6ª edição, 1.991, Atlas, p. 245). Nesse sentido: *“Se o condenado, mesmo com pena inferior a quatro anos de reclusão, é **reincidente**, como reconhecido na sentença de primeiro grau, não faz “jus” ao regime semi-aberto para início da execução da pena”*(RT 725/533- STJ); *“O condenado **reincidente** deve iniciar o cumprimento da pena de reclusão sempre em regime fechado, independentemente da quantidade da pena aplicada”* (RSTJ 89/385 – STJ). No mesmo sentido: STJ - *“O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu **reincidente** e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, mesmo quando condenado à pena inferior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça”* (STJ - HC 211819/SP Ministra LAURITA VAZ Quinta Turma DJe de 28/02/2013). O único regime prisional possível para o início da expiação é o fechado, porquanto a interpretação do § 2º, do art. 33, letras b e c, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu **reincidente** deve cumprir a pena em regime



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inicial fechado. Precedentes do STJ (STJ - Resp. 77.373, Rel. WILLIAM PATTERSON, Col. 6ª Turma, j. 27.2.1996).

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, diante da vedação prevista no artigo 44, inciso II do Código Penal, restando impossibilitada, ainda, a suspensão condicional da pena, porquanto ausentes os requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal.

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator