



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000397415

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500434-04.2024.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante MARCOS VINICIUS ALVES MACHADO SILVA, 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: **afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. 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 9701

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1500434-04.2024.8.26.0541

Apelante: Marcos Vinicius Alves Machado Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Santa Fé do Sul

APELAÇÃO CRIMINAL – Furto qualificado tentado e furto majorado em continuidade delitiva (art. 155, §4º, inc. I, c.c. o art. 14, inc. II, por duas vezes, e no art. 155, §1º, na forma do art. 71, caput, todos do Código Penal). Sentença condenatória. Preliminar repelida. Materialidade e autorias delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos das vítimas e testemunhas. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Édito condenatório mantido. Dosimetria escoreita. Peculiaridades do caso concreto que justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Presença da majorante do repouso noturno para o furto simples. Regime semiaberto mantido. Recurso improvido.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Marcos Vinicius Alves Machado Silva contra a r. sentença (fls. 200/210), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condená-lo como incurso no art. 155, §4º, inc. I, c.c. o art. 14, inc. II, por duas vezes e no art. 155, §1º, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, ao cumprimento de pena de 01 (um) ano, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, fixados no mínimo legal.

A d. Defesa, em suas razões recursais (fls. 252/264), preliminarmente, suscitou nulidade, pela violação ao direito ao silêncio. No mérito, pugnou pela absolvição, por insuficiência probatória. Requereu a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da majorante e a fixação o regime inicial mais brando.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 272/275), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 283/287).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que Marcos Vinicius Alves Machado Silva foi processado como incurso no art. 155, §4º, inc. I, c.c. o art. 14, inc. II, por duas vezes e no art. 155, §1º, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, pois, segundo a denúncia, no dia 21 de março de 2024, às 02h56min, na Avenida Navarro de Andrade, nº 72, Centro, na cidade e comarca de Santa Fé do Sul, durante o repouso noturno e mediante rompimento de obstáculo, tentou subtrair, para si, dinheiro e/ou outros pertences do estabelecimento comercial “Naturalis”, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, também, que no dia 21 de março de 2024, às 03h30min, na Rua 13, nº 626, Centro, na cidade e comarca de Santa Fé do Sul, o réu, durante o repouso noturno e mediante rompimento de obstáculo, tentou subtrair, para si, dinheiro e/ou outros pertences do estabelecimento comercial “Brutus Burguer”, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, ainda, que no dia 21 de março de 2024, às 04h15min, na Rua Quatorze, nº 1220, na cidade e comarca de Santa Fé do Sul, durante o repouso noturno, o recorrente subtraiu, para si, a motocicleta Honda CG/125 Fan ES, de cor preta, placas EHB6793, pertencente à Ângela Alves da Silva.

Segundo apurado, na data dos fatos, o denunciado circulava pelas ruas da cidade já determinado a atacar o patrimônio alheio.

Então, primeiro dirigiu-se até o estabelecimento “Naturalis” e avistou que, além dos produtos da loja, havia uma motocicleta estacionada em seu interior. MARCOS quebrou o cadeado da porta e danificou a fechadura, mas ainda assim não conseguiu abrir a porta, circunstância que o impediu de consumir a subtração.

Sua ação foi filmada por circuito de vigilância das proximidades. Em seguida, o denunciado seguiu para o estabelecimento “Brutus Burguer” onde teve em êxito em arrombar uma das portas. No interior, vasculhou o caixa em busca de dinheiro, mas deixou o local quando percebeu que não havia qualquer quantia.

Sua ação foi filmada pelas câmeras instaladas no local.

Por fim, naquela mesma madrugada, Marcos aproveitou-se mais uma vez da vigilância reduzida pelo repouso noturno e subtraiu a motocicleta acima descrita que estava estacionada defronte à residência da vítima.

Ocorre que estava de posse dela quando foi abordado por policiais militares após serem informados da tentativa de furto pelo proprietário da lanchonete “Brutus Burger” e terem visualizados suas características e vestes pelas imagens a eles fornecidas.

Preso em flagrante, o investigado confessou a subtração da motocicleta e a tentativa de furto nos dois estabelecimentos comerciais.

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. Inicialmente, mister apreciar a preliminar arguida pela combativa Defesa, que não merece acolhimento.

Como é cediço, a Constituição Federal consagra o direito ao silêncio no art. 5º, LXIII, ao dispor que *“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”*, em consagração ao *“princípio de que ninguém será obrigado a testemunhar contra si próprio num processo criminal”* (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, Ed. Forense, 2024, p. 469).

Não obstante a indispensabilidade de se assegurar ao acusado o referido mandamento constitucional, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de refutar a nulidade da abordagem policial, quando, eventualmente, não for oportunizado o direito em comento, no momento da prisão. Confira-se: *“a ausência de advertência sobre o direito ao silêncio no momento da prisão em flagrante não gera nulidade, pois tal prática é exigida apenas nos interrogatórios policial e judicial”* (HC n. 959.994/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/4/2025, DJEN de 7/4/2025)

Tal entendimento é corroborado por esta C. Câmara Criminal: *“E isto porque não há a obrigatoriedade de ser o indivíduo alertado sobre seu direito*

ao silêncio no momento de sua abordagem em via pública, até mesmo porque eventual confissão em tais circunstâncias, que detém caráter informal, deverá ser confirmada pelas demais provas colhidas nos autos para que possa surtir efeito”. (TJSP; Apelação Criminal 1500711-28.2024.8.26.0603; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araçatuba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/01/2025; Data de Registro: 07/01/2025)

Na hipótese, constou do termo de interrogatório extrajudicial (fls. 08), o denunciado foi *“cientificado da imputação que lhe é feita, dos elementos probatórios contra si existentes, e de seus direitos e garantias constitucionais, em especial o de permanecer calado”*, assim, não se observa qualquer violação constitucional apta a gerar nulidade.

No mais, conforme bem asseverado na origem, *“a entrevista policial no momento do flagrante não configura um interrogatório extrajudicial (...) Em arremate, observo que o Policial Militar afirmou durante a audiência de instrução e julgamento que o réu foi informado quanto ao seu direito ao silêncio”*.

Rejeitada a preliminar arguida, passa-se à apreciação o mérito.

O conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria dos crimes imputados ao réu.

A materialidade delitiva, consistente nos elementos sensíveis do fato delituoso, resultou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 10/12), auto de exibição e apreensão e entrega (fls. 15/16), registros fotográficos (fls. 19/45) laudo pericial (fls. 124/132 e 134/142), 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 em Juízo pelas vítimas e testemunhas (fls. 228 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo do depoimento colhido nos autos feito pelo i. Magistrado sentenciante (fls. 200/210), posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) A vítima Elias Assis de Lima Neto declarou tanto em solo policial (fls. 05) quanto em juízo que na data dos fatos tomou

conhecimento que uma pessoa havia tentado furtar sua loja, de nome Naturalis, inclusive, quando tentou abrir a loja, não conseguiu tendo em vista que ele quebrou o cadeado e danificou a fechadura e, por isso, após a perícia, foi necessário acionar um chaveiro para abrir a porta do estabelecimento. Informou havia uma motocicleta utilizada para entrega bem visível no local, pois fica na vitrine, sendo que acredita que o objetivo era a motocicleta, considerando que em horário aproximado teria sido furtada outra motocicleta. Além disso, recebeu imagens das câmeras de segurança de um vizinho que mostra o acusado quebrando o cadeado para ingressar na loja. Sofreu um prejuízo em torno de R\$ 450,00, pois foi necessário acionar um chaveiro e um vidraceiro para concertar a porta.

A vítima Édipo Gustavo Vigeta Bernardo declarou tanto em solo policial (fls. 07) quanto em juízo que na data dos fatos, às 02:56 da madrugada, uma pessoa estourou a porta de seu estabelecimento comercial, de nome Brutus Burguer, com o objetivo de furtar, que até agora não foi possível identificar se ele levou ou não bens do local, sendo que posteriormente, um vigia da rua ligou e disse que o cadeado estava quebrado. Foi até o local e constatou a tentativa do furto e teve acesso às imagens das câmeras de segurança do local que mostraram a ação do criminoso. Imediatamente mostrou as imagens as Policiais Militares e para os guardas civis municipais, sendo que saíram procurando o criminoso, considerando que apesar de estar encapuzado, pelas imagens das câmeras dava para ver que usava camiseta com uma coloração vermelha desbotada e uma calça comprida de tãctel esportiva. Depois de alguns minutos os policiais informaram que furtador havia sido preso. Na unidade policial observou que o autor usava a mesma roupa das imagens e que as características das mãos, eram as mesmas, além dos chinelos. Sofreu prejuízos, pois com as pancadas, as portas de blindex cederam, além de terem sofrido

danos na fechadura, gastou R\$ 4.000,00 para arrumar tudo. A vítima Angela Alves da Silva declarou tanto em solo policial (fls. 06) quanto em juízo que estava em casa e, por volta das 05:10, os Policiais Militares foram até sua casa e perguntaram se não tinha sentido falta de nada. Seu marido olhou e viu que das duas motos, uma estava faltando. Então, os policiais comentaram que uma pessoa havia acabado de ser presa por ter furtado a motocicleta e que inclusive teria confessado e levado os policiais até o local onde estava a motocicleta. Conhece o criminoso, pois ele mora perto de sua residência e ontem ele passou duas vezes na frente ao local no período da tarde, sendo que ficou olhando. Sofreu prejuízos em sua motocicleta, acredita que ela tenha caído ao solo e que o réu tenha tentado realizar ligação direta no veículo, gastou R\$ 373,00 para o concerto.

As testemunhas Diego Filipin e Rafael dos Santos Oliveira, Policiais Militares, narraram em solo policial (fls. 03 e 04) que na data dos fatos estavam em patrulhamento quando foram acionados por Édipo, proprietário do Brutus Burguer, o qual informou que uma pessoa havia arrombado a porta de vidro da lanchonete, mas já havia se evadido. Neste momento, a vítima mostrou a filmagem do estabelecimento e, com posse nas características do indivíduo, saíram em patrulhamento com vistas a localizá-lo, sendo que na Rua Quatorze, perto da Feira, visualizaram uma pessoa com as mesmas características, ou seja, camiseta vermelha desbotada de manga comprida e calça comprida esportiva, tipo tectel, com símbolo da Nike e uma listra branca em cada lateral. O indivíduo estava próximo a uma motocicleta que estava estacionada na Rua Vinte e Três. Ao avistar a equipe subiu correndo na Rua Vinte e Três e adentrou no numeral 661. Neste momento informaram as demais viaturas, realizaram o cerco e abordaram o indivíduo dois terrenos ao lado, dentro de outra residência. Ele foi contido e algemado pela segurança dele e da equipe e pelo receio de fuga, já

que havia pulado dois muros. Indagaram sobre o furto e ele confessou que havia furtado a motocicleta que ele estava perto quando o avistaram inicialmente na Rua Vinte e Três e também levou-os até a casa onde ele havia furtado a motocicleta, que também é próximo, na Rua Quatorze, 1220. No local informado, fizeram contato com a proprietária que reconheceu a motocicleta. Questionado sobre os furtos que ele praticou nesta madrugada, ele confessou que furtou a Naturalis e que havia arrombado a porta da lanchonete Brutus Burger. O réu é conhecido nos meios policiais, sendo que havia informações que ele tinha uma arma de fogo. Ao ser ouvido em juízo, o Policial Militar Diego Filipin, confirmou integralmente seu relato anterior. Acrescentou que após receber as imagens das câmeras de segurança do estabelecimento Brutus Burger, localizaram um indivíduo com as mesmas características mexendo em uma moto. Ele tentou empreender fuga, mas acabou sendo abordado. Na ocasião, o réu confessou o furto da motocicleta e dos dois estabelecimentos comerciais. Em seguida, levou a equipe até o local em que havia furtado a motocicleta. O réu é conhecido nos meios policiais. O réu foi informado de seu direito de permanecer calado, tanto no momento da abordagem quanto na Delegacia de Polícia. (...)."

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.

Os policiais descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentando declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seu depoimento, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o acusado, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes 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, *“confessou a prática dos crimes”*.

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 dos crimes de furto, corroborados pela confissão judicial.

Conforme conclusões exaradas na origem, *“No furto do estabelecimento “Naturalis”, o acusado tentou subtrair, dinheiro e/ou outros pertences, quebrando o cadeado da porta, e assim, danificando a fechadura, mas não conseguiu abrir a porta do estabelecimento, não se consumando por circunstâncias alheias à sua vontade. Nas mesmas circunstâncias, o acusado tentou subtrair o estabelecimento “Brutus Burger”, onde conseguiu arrombar a porta, mas deixou o local quando não encontrou dinheiro no caixa, não se consumando o crime por circunstância alheia à sua vontade. Em seguida, nas mesmas*

circunstâncias, aproveitando-se da vigilância reduzida, o acusado subtraiu uma motocicleta que estava estacionada em frente à residência da vítima Angela Alves da Silva”.

Ainda, irrepreensível a qualificadora reconhecida na r. sentença.

Para que não passe sem apreciação, a destruição de obstáculo à subtração da coisa *"consubstancia-se na conduta do agente que destrói ou rompe obstáculo à subtração da coisa, vale dizer, na sua atuação sobre qualquer empecilho material a essa subtração, pelo que não há razão lógica ou legal para se fazer distinção entre o obstáculo externo e o inerente à própria coisa, pois ambos têm a mesma finalidade"* (RJDTACrimSP, 5/102).

Consoante laudo pericial de fls. 127/142, os *experts* “*atestaram a existência de rompimento de obstáculo consistente no arrombamento do cadeado que guarnecia a porta de vidro dos estabelecimentos*” (fls. 205), a comprovar a qualificadora em comento, para os furtos tentados cometidos contra os estabelecimentos comerciais.

Por sua vez, a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno, no tocante à subtração da motocicleta pertencente à vítima Angela Alves da Silva (furto simples) – confirmada pela prova oral - 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, o MM. Juízo *a quo*, para os furtos qualificados, exasperou o mínimo legal em 1/3,

fixando a pena-base em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, diante das consequências negativas – prejuízo sofrido com a danificação das portas dos estabelecimentos comerciais - bem como a circunstância de terem sido praticados durante o período noturno.

Ademais, a possibilidade de se valorar a prática do crime de furto qualificado, durante o repouso noturno, na primeira fase da dosimetria, como circunstância do crime, foi analisada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp. nº 1.888.756/SP: *“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).

Para o furto simples, considerando que *“também houve dano, pois a vítima precisou concertar a motocicleta”*, o Magistrado sentenciante majorou o mínimo legal em 1/6, fixando a basilar em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa

Como preleciona a doutrina especializada, as consequências da conduta, quando extremamente negativas, constituem *“o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico”* (NUCCI, Guilherme de Sousa, *Código Penal Comentado*, Ed. Forense, 2024, p. 397), justamente a hipótese *sub judice*.

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).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento das penas-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, ficam mantidas como lançadas.

Na segunda fase, verificadas as atenuantes consistentes na confissão espontânea e da menoridade relativa (art. 65, I e III, *d*, CP), as reprimendas retornaram ao mínimo legal, resultando, para os furtos qualificados em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e, para o simples, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na derradeira fase, para os furtos qualificados, não observadas majorantes, a sanção sofreu redução em 1/2 pela tentativa, totalizando 01 (um) ano de reclusão e 05 (cinco) dias-multa.

Notado o *iter criminis* percorrido, “*Aplica-se a tentativa a pena prevista para o crime consumado, mas diminuída de um a dois terços. Essa redução deve ter em vista o caminho já percorrido pelo agente na prática delituosa. Assim, se o seu desenvolvimento foi impedido no início, a diminuição será maior; ao contrário, se já percorreu maior espaço, o abatimento será menor. A quantidade da redução ("diminuída de um a dois terços") deve ser fixada pelas circunstâncias da própria tentativa e não pelas do crime, pois estas já são consideradas no cálculo da pena-base*” (Celso Delmanto e outros, *in* Código Penal Comentado”, Renovar, São Paulo, 1991, 3ª ed., p. 23). No mesmo sentido: “*Na ocorrência de crime tentado, a lei penal faculta ao julgador aplicar uma redução maior ou menor da pena, a depender do “iter criminis” percorrido. Assim, quanto mais a ação delituosa se aproximar da consumação, menor será a redução imposta e vice-versa*” (REsp nº 564.858/RO, rel. Exmo. Min. **ARNALDO ESTEVES LIMA**, Col. Quinta Turma, j. em 8.5.2008).

Da mesma forma: “*Por ocasião da análise do quantum a ser arbitrado à tentativa (CP, art. 14, II), cabe verificar o caminho inverso do iter criminis, no sentido de que quanto mais próximo da consumação, menor deve ser a redução. Assim sendo, em tendo o acusado se aproximado das vias finais da consumação do crime, deve-se reduzir a reprimenda em proporção inferior ao limite máximo estabelecido pelo art. 14, par. ún., do Código Penal*” (Apelação Criminal n.

2009.024655-5, de Maravilha, Rel. Exma. Des. **SALETE SILVA SOMMARIVA**, j. 06.07.2010).

Ensina **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**: “(...) juiz deve levar em consideração apenas e tão somente o iter criminis percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito” (NUCCI, **Guilherme de Souza**. Código Penal Comentado. 11ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 192).

Para o furto simples, a majorante do repouso noturno ensejou aumento da reprimenda em 1/3, resultando em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Prosseguindo, reconhecido a continuidade delitiva, na forma do art. 71, caput, do Código Penal, em consonância com o enunciado da Súmula nº 659 do C. Superior Tribunal de Justiça, a reprimenda mais grave sofreu incremento de 1/5, pelo cometimento de 3 (três) delitos, estabelecendo-se, assim, em 01 (um) ano, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Por fim, bem marcado o regime inicial semiaberto, diante das circunstâncias judiciais negativas, consoante o disposto no artigo 33, §2º e §3º, c.c. artigo 59, inciso III, todos do Código Penal.

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).

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ausentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, restando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

impossibilitada, ainda, a suspensão condicional da pena, porquanto ausentes os requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal.

Diante de tais considerações, afastada a preliminar, **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