



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000397416

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501269-26.2022.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante CARLOS EDUARDO DE SOUZA, 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 9700

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1501269-26.2022.8.26.0617

Apelante: Carlos Eduardo de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São José dos Campos

APELAÇÃO CRIMINAL – Furto biqualeficado (art. 155, § 4º, inc. I e II, ambos 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. Édito condenatório mantido. Dosimetria escoreita. Peculiaridades do caso concreto que justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Compensação parcial da agravante da multirreincidência com a atenuante da confissão espontânea. Regime fechado mantido (maus antecedentes e reincidência). Recurso improvido.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Carlos Eduardo de Souza contra a r. sentença (fls. 281/286), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condená-lo como incurso no art. 155, § 4º, inc. I e II, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, fixados no mínimo legal.

A d. Defesa, em suas razões recursais (fls. 290/301) pugnou pela absolvição, pela atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal, a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a aplicação do redutor pela tentativa e a fixação de regime inicial mais brando.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 310/325), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo (fls. 334/340).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que Carlos Eduardo de Souza foi processado como incurso no art. 155, § 4º, inc. I e II, do Código Penal, pois, segundo a denúncia, no dia 08 de setembro de 2022, por volta das 03h20min, no Condomínio Carolina, situado na Avenida Salinas nº 2.765, no bairro Bosque dos Eucaliptos, na cidade e Comarca de São José dos Campos, mediante rompimento de obstáculo e escalada, subtraiu para si uma bicicleta da marca Caloi, avaliada em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), pertencente ao ofendido Marcos Soares Souza.

Segundo se apurou, o ofendido estava em seu apartamento, situado no condomínio já mencionado, quando ouviu um barulho oriundo do lado de fora. Ao verificar o que estava ocorrendo, o ofendido avistou um indivíduo, posteriormente identificado como o denunciado, que estava jogando sua bicicleta por cima do muro e saindo do condomínio.

O síndico do condomínio, Samuel Aroildo dos Santos, também ouviu barulhos e latidos de cachorro, o que lhe chamou a atenção.

Ato contínuo, Samuel olhou pela janela e viu a conduta do denunciado. Imediatamente desceu para o térreo, onde se encontrou com o ofendido, que lhe relatou que era dele a bicicleta subtraída pelo denunciado.

Em seguida, o ofendido e Samuel saíram de carro pelas imediações do condomínio e, na Rua Salinas, conseguiram localizar o denunciado em poder da bicicleta, momento em que o detiveram e acionaram a Polícia Militar, que enviou uma guarnição ao local, efetuando a prisão do agente.

Ao final, o denunciado foi conduzido ao Plantão Policial Sul, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante, ocasião em que ele fez uso de seu direito constitucional de permanecer em silêncio e apenas se manifestar em juízo.

No curso das investigações, o perito do Instituto de Criminalística compareceu ao local dos fatos e realizou exame pericial, no qual constatou a realização de rompimento de obstáculo e de escalada de muro de vedação frontal, com altura de dois metros e sessenta centímetros, para ingresso no imóvel e subtração da *res*, conforme se pode observar do laudo pericial juntado a fls. 125/130.

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. 01), boletim de ocorrência (fls. 02/05), termos de depoimento e declaração (fls. 08/10), auto de exibição e apreensão e entrega (fls. 46), auto de avaliação (fls. 47), laudo pericial (fls. 125/130), 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 pela vítima e testemunhas (fls. 228 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo do depoimento colhido nos autos feito pelo i. Magistrado sentenciante (fls. 281/286), posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) A vítima MARCOS SOARES SOUZA disse que no dia 08 ele estava em casa, era de madrugada e Marcos estava assistindo TV, ele mora no primeiro andar, e ouviu um barulho de ferro. A janela dele da de frente com a portão do condomínio. Quando viu, a pessoa estava jogando a bicicleta para o outro lado do muro, e Marcos falou para ele devolveu. O síndico também viu, e acompanhou Marcos na rua, para procurarem o furtador. Desceram a Avenida Ouro Fino e voltaram pela Av. Salinas, e ele foi avistado de longe. Aproximaram-se dele, disseram 'para aí, essa bicicleta é minha, você acabou de roubar (sic)', e os dois imobilizaram a pessoa. Ligaram para o 190, o síndico que ligou, e os policiais chegaram e conduziram a ocorrência.

A testemunha SAMUEL AROILDO DOS SANTOS narrou que no dia, ouviu um barulho vindo do quintal do condomínio, ele viu as câmeras e flagrou o rapaz furtando a bicicleta. Samuel olhou pela janela, ele estava apoiando a bicicleta numa caixa d'água para jogá-la para fora do condomínio. Pegou o carro dele e com o Marcos, passaram a procurá-lo, ele foi encontrado e foi

imobilizado. Ele não ofereceu resistência, confirmou que havia pegado a bicicleta e disse que era o terceiro furto dele dentro do condomínio. O Policial Militar LUIZ CLAUDIO RENÓ esclareceu que naquela noite a equipe foi acionada pelo COPOM informando que moradores haviam detido um cidadão na prática de furto de bicicleta. Deslocaram até o local para apoiar o cidadão, e lá foi prestado o apoio ao cidadão, que deteve o infrator. Foram conduzidos até a delegacia; pelo que se lembra quem conduziu foi o próprio cidadão. No local, ele estava sentado na calçada e a pessoa que o deteve estava ao lado, e em breve conversa ele falou que havia tentado furtar a bicicleta. Confessou informalmente os fatos (...)."

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 "reli" 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 os fatos e disse que no dia estava sob efeito de drogas. Disse que pulou o muro, mas não é muito alto, e que a cerca já estava danificada. A bicicleta estava encostada, na guarita, como se fosse uma 'isca', segundo seu relato”*.

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.

Ao contrário do pretendido, resta inviabilizado o reconhecimento da pretendida atipicidade material, pois, a *res furtiva* foi avaliada em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta 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 C. 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 agente é reincidente, tendo sido o delito cometido

mediante escalada e rompimento de obstáculo, do que exsurge o elevado grau de reprovabilidade do comportamento, circunstâncias que impedem 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.).

Tal entendimento é corroborado por esta E. Corte:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.** RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Apelado absolvido com fundamento no art. 386, III, CPP. 2. Recurso ministerial: (i) condenação nos exatos termos da denúncia, afastando-se o reconhecimento da atipicidade material em decorrência do princípio da insignificância; (ii) exasperação da pena-base; (iii) reconhecimento da reincidência; (iv) aplicação da majorante referente à prática do crime durante o repouso noturno; e (v) fixação do regime inicial fechado. 3. A aplicação do princípio da insignificância depende do atendimento dos seguintes requisitos (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF. HC 221546 AgR). **No caso**, nenhum dos requisitos foi atendido, pois o valor dos bens subtraídos é superior ao limite jurisprudencial equivalente a 10% (dez por cento) do salário-mínimo (STJ. AgRg no REsp n. 1.781.675/SC) e **o apelado é reincidente** (STF. HC 191126). 4. O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao réu que é reincidente e portador de circunstâncias judiciais desfavoráveis (STJ. HC n. 748.253/SC), sendo inaplicável a exceção jurisprudencial contida na S269/STJ. 5. Recurso ministerial provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1502072-95.2022.8.26.0071; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/12/2024; Data de Registro: 03/12/2024, 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, como bem considerado pelo culto Magistrado sentenciante: *“Carlos Eduardo inverteu a posse da bicicleta. Tomou-a para si, arremessou o bem para o lado externo do condomínio e, ainda, obteve por algum instante a posse mansa do bem, embora isso seja dispensável para consumir o delito. Assim, afasto a tese defensiva do reconhecimento da figura tentada”*.

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.).

Tal entendimento é corroborado por esta C. Câmara Criminal:

FURTO – Alegação absolvição por insuficiência probatória, subsidiariamente, pela desclassificação para modalidade de furto tentado – Não configurado – Os depoimentos colhidos apontam para a ocorrência do crime - **Incabível o reconhecimento da tentativa, em crimes patrimoniais adota-se a teoria da *apprehensio* ou *amotio*, segundo a qual o furto se consuma com a posse de fato da *res furtiva*.** O critério trifásico foi observado em face dos autos. O regime prisional tem previsão legal. Pena e regime RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500115-50.2024.8.26.0407; Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavaleiro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osvaldo Cruz - 1ª Vara; Data do

Julgamento: 04/12/2024; Data de Registro: 04/12/2024, g.n.)

Ainda, irrepreensíveis as qualificadoras reconhecidas na r. sentença.

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).

Nessa linha de entendimento, 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 3.^a 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).

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. 125/130, o expert constatou danos,

de aspecto recente, na cerca elétrica do muro edificado no imóvel, escalado pelo recorrente para adentrar ao local, desse modo, bem comprovadas as qualificadoras em comento.

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*, considerando uma qualificadora como circunstância judicial negativa, atento aos antecedentes criminais ostentados pelo réu (fls. 25), exasperou o mínimo legal em 1/4, fixando a pena-base em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Calha sublinhar que duas são as qualificadoras, 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 biqualeficação 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).

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

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO.

AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 1 ano, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 8 dias-multa, como incurso no art. 155, § 4º, I e II, c/c art. 14, II, do CP, por ter tentado subtrair para si, bens e valores pertencentes ao estabelecimento comercial denominado "Fogo de Lenha Restaurante". 2. Recurso defensivo: (i) absolvição, pelo princípio da insignificância, (ii) afastamento das qualificadoras, (iii) aumento do percentual adotado pela tentativa. 3. A materialidade e a autoria foram suficientemente comprovadas pelo conjunto fático-probatório. 4. A aplicação do princípio da insignificância depende do atendimento aos seguintes requisitos (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF. HC 221546 AgR). No caso, os requisitos não foram atendidos, não havendo que se falar em reduzida reprovabilidade de sua conduta. 5. Pena e regime prisional mantidos. Maus antecedentes. 6. Reconhecidas e preservadas as **múltiplas qualificadoras em desfavor do apelante, admite-se a utilização de uma delas para qualificar e a outra** para agravar o delito, seja como agravante ou **como circunstância judicial negativa** (art. 59 do CP) (STJ. HC 173727/RJ. TJRS. Embargos Infringentes 70029823697). 7. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500056-38.2021.8.26.0546; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi Guaçu - Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/11/2024; Data de Registro: 22/11/2024, g.n.)

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 da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida como lançada.

Na segunda fase, diante da multirreincidência (fls. 212/213), a agravante (artigo 61, inciso I, do Código Penal) sofreu incorreta compensação parcial com a atenuante da confissão espontânea, ensejando agravamento de 1/6, a totalizar 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa. Nesse sentido: *“A jurisprudência do STJ admite a compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da multirreincidência, não havendo ilegalidade na majoração da pena em quantidade superior à fração de 1/6 (um sexto)”*. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.747.710/DF, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 31/3/2025.)

Na derradeira fase, ausentes redutores e majorantes, a reprimenda se manteve incólume.

Por fim, bem marcado o regime inicial fechado, diante das circunstâncias judiciais negativas, consoante o disposto no artigo 33, §2º e §3º, c.c. artigo 59, inciso III, todos do Código Penal, destacando-se os antecedentes criminais e reincidência ostentados pelo réu.

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).

Deve suportar o agente, que não tem os mecanismos repressão e prevenção do Estado como aptos a demovê-lo do ímpeto criminoso, mais uma necessária etapa 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 inicial fechado. Precedentes do STJ (STJ - Resp. 77.373, Rel. WILLIAM PATTERSON, Col. 6ª Turma, j. 27.2.1996).*

Ainda no mesmo 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.)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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