



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000397417

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500597-67.2022.8.26.0536, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado WALDEMIR DA PAIXÃO DAVID, é apelado/apelante 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 interposto pela d. Defesa e deram parcial provimento ao recurso Ministerial para readequar a reprimenda e o regime inicial para cumprimento da pena impostos ao réu WALDEMIR DA PAIXÃO DAVID para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 dias-multa, no valor unitário mínimo legal. 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: 9708

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº: 1500597-67.2022.8.26.0536

Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e Waldemir da Paixão David

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo e Waldemir da Paixão David

Comarca: Santos

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto (artigo 155, §§1º e 4º, I, do Código Penal). Sentença condenatória. Nulidade da r. sentença por ausência de fundamentação. Ofensa ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não verificado. Materialidade e autoria delitiva sobejamente comprovada. Dosimetria. Pena-base. Circunstâncias do caso em concreto que aliadas aos maus antecedentes ostentados pelo réu impõem a exasperação da pena-base. Réu reincidente específico. Necessária a fixação de regime fechado. Recurso Ministerial parcialmente provido, recurso interposto pela d. Defesa não provido.

Trata-se de recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e por Waldemir da Paixão David contra a r. Sentença (fls. 201/205), que julgou procedente a ação penal para condenar o réu Waldemir às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 11 dias-multa, por infração ao artigo 155, § 4º, I, c/c o § 1º do mesmo artigo, do Código Penal.

Órgão Ministerial, em suas razões recursais (fls. 154/158), apontou a nulidade da resp. sentença por ausência de fundamentação e requereu a fixação da pena-base acima do mínimo legal e imposição do regime fechado para o início de cumprimento da pena imposta ao réu.

A d. Defesa, em suas razões recursais (fls. 164/167), pugnou pelo afastamento da circunstância agravante da reincidência, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a fixação de regime mais brando para o início de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Regularmente processado os recursos interpostos e ofertadas as contrarrazões (fls. 236/240 e 255/259), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **parcial provimento** do apelo Ministerial e pelo **desprovimento** do recurso interposto pela d. Defesa (fls. 283/285).

É o relatório.

Infere-se dos autos que WALDEMIR DA PAIXÃO DAVID foi processado como incurso no artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, combinado com o parágrafo 1º do mesmo artigo do Código Penal, porque, segundo consta na denúncia, no dia 15 de fevereiro de 2.022, por volta das 00hs:08min., na Rua Itororó, nº 122, Centro, na cidade e Comarca de Santos, durante o repouso noturno, mediante destruição e rompimento de obstáculo, subtraiu, para si, 02 (dois) exaustores e 03 (três) disjuntores, avaliados em R\$ 560,00 (quinhentos e sessenta reais), pertencentes ao estabelecimento comercial de propriedade de Maria Tereza (auto de fls. 05).

Segundo apurado “(...) *no dia dos fatos, aproveitando-se da maior facilidade para perpetrar ilícito patrimonial por conta do repouso noturno, o denunciado, mediante destruição e rompimento de obstáculo, ingressou no estabelecimento-vítima e passou a subtrair (dois) exaustores e 03 (três) disjuntores.*

Apurou-se também, que policiais militares foram informados, via COPOM, a respeito da invasão ocorrida no aludido estabelecimento e para lá se dirigiram. No local, os policiais avistaram WALDEMIR na posse de dois exaustores de ar e três disjuntores, além de ferramentas e uma bicicleta, sendo, então, abordado.

Durante a busca pessoal, o denunciado foi inquirido a respeito dos fatos, ocasião em que admitiu ter invadido o imóvel e subtraído os objetos.

Registra-se que o representante da vítima compareceu ao local e reconheceu a res furtiva como sendo do imóvel de propriedade de Maria Tereza, a qual, segundo ele, estava fora da cidade. Por fim, verifica-se que o laudo pericial de fls. 101/109, comprovou a qualificadora do rompimento de obstáculo. (...).”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença, contra a qual se insurgem as partes por meio dos recursos que se passa a analisar.

Inicialmente, cumpre consignar que, no presente caso, não se evidencia qualquer irregularidade no *decisum* atacado, eis que os argumentos, fatos e

provas foram examinados, com a devida fundamentação a respeito. Não prospera, assim, a alegação de violação ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Em que pesem os argumentos defendidos pelo Órgão Ministerial, tal prejudicial de nulidade não merece acolhida, pois a r. sentença preencheu todos os requisitos legais exigidos, sedimentando todos os elementos que formaram a convicção do d. Magistrado *a quo*, já que expôs, com a necessária clareza, a razão pela qual condenou o réu pelo crime previsto no artigo 155, §§1º e 4º, I, do Código Penal, impondo-lhe o regime prisional semiaberto, com a expressa menção aos dispositivos legais pertinentes.

Se não bastasse, notoriamente o princípio da motivação das decisões judiciais não exige que a sentença detalhe todas as teses aventadas pelas partes ou, ainda, todas as provas constantes dos autos, mas sim que o julgador fundamente seu *decisum* com os elementos necessários a formar sua convicção sobre o caso em apreço, o que de fato ocorreu nestes autos.

Nesse sentido é o posicionamento deste E. Tribunal:

“APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES – Preliminar – Alegação de nulidade da sentença por falta de apreciação de todas as teses defensivas – Inocorrência – Decisão suficientemente fundamentada e lastreada no conjunto probatório amealhado durante a instrução – Observância ao art. 93, IX da Constituição Federal – Julgador que não está obrigado a esmiuçar todas as teses suscitadas pelas partes, desde que da decisão se possa extrair as razões de seu livre convencimento – Preliminar rejeitada. Mérito – Pleito de absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos – Confissão parcial dos acusados que foi corroborada por outros elementos de convicção – Depoimento da vítima e de policiais – Validade – Ademais, réus detidos na posse da 'res furtiva' – Inversão do ônus da prova – Pretendido reconhecimento da atipicidade da conduta, fundada no furto de uso –

Impossibilidade – Ausência de comprovação nos autos neste sentido – "Res furtiva" que foi encontrada em local diverso do arrebatamento e somente foi recuperada pela ação da polícia – Restituição alheia à vontade dos agentes – Afastamento do concurso de agentes – Impossibilidade – Qualificadora que decorre da prova oral coligida e da própria confissão dos acusados – Reconhecimento da tentativa – Descabimento – Momento consumativo do furto que se dá com a inversão da posse – Réus detidos na posse da 'res furtiva' logo após diligência policial – Desnecessidade da posse mansa e tranquila – Precedentes do STJ e STF – Condenação mantida – Penas corretamente impostas – Aplicação do privilégio – Descabimento – Não preenchimento dos requisitos legais – Bem furtado (motocicleta) que não pode, em absoluto, ser considerado de pequeno valor – Reincidência de Wesley que também obsta a concessão do benefício – Abrandamento do regime prisional e substituição da sanção corporal por restritivas de direitos – corrêu Wesley – Descabimento – Regime fechado que se revelou o mais adequado à espécie, dada a reincidência do acusado, e que fica mantido – Pena restritiva de direitos que não se mostra socialmente recomendável ao caso concreto, haja vista a vida anteacta do acusado – Ausência dos requisitos elencados no art. 44, III, do Código Penal – Recursos desprovidos” (TJSP; Apelação Criminal 1500038-14.2020.8.26.0623; Relator(a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São João da Boa Vista - Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/05/2021; Data de Registro: 04/05/2021 – G.N.).

Isto posto, destaca-se que são incontestes a materialidade e a autoria do crime previsto no artigo 155, §§1º e 4º, I, do Código Penal, inexistindo controvérsia ou qualquer outra circunstância apta a demover o bem lançado decreto condenatório, insurgindo-se a d. Defesa e o Órgão Ministerial tão somente quanto à

reprimenda e ao regime prisional impostos na resp. sentença.

Dessa forma, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, o MM. Juiz *a quo*, nos termos do artigo 59 do Código Penal, fixou a pena-base, no mínimo legal, em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, no mínimo legal.

Nesse ponto, conforme expressamente indicado pelo *i. parquet* o réu ostenta maus antecedentes (fls. 24/30 – processo nº 0016811-23.2008.8.26.0562) que não foram valorados pelo d. magistrado de piso.

Não se olvide que verificada condenação anterior transitada em julgado, alcançada pelo prazo depurador de 5 anos, deve ser reconhecida como maus antecedentes, sendo, portanto, fundamento idôneo para se fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Nesse sentido decisão recente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. ADOÇÃO DO SISTEMA DA PERPETUIDADE PELO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.818/SC (Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 31/8/2020), em regime de repercussão geral, firmou tese no sentido de que "não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art.

64, inciso I, do Código Penal".

- Nesse contexto, não há falar em flagrante ilegalidade no desvalor atribuído aos antecedentes criminais do agravante e, em consequência, encontra-se suficientemente motivada a exasperação da pena-base.

- A despeito de o registro criminal anterior do agravante ser antigo, fato é que esta Corte Superior, no exame dos fundamentos alegados no cálculo da pena, procura não se imiscuir no juízo de mérito dos magistrados das instâncias ordinárias, apenas afastando razões sem respaldo legal, o que não é caso dos autos, tendo em vista que o Código Penal vigente adotou o sistema da perpetuidade para os registros criminais configuradores dos maus antecedentes.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 655.793/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021)

Registre-se que recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 593818, com repercussão geral reconhecida (Tema 150) fixar a seguinte tese: "*Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*". (RE 593818, Relator: MIN. Roberto Barroso, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020)

Não bastasse, o crime de que se cuida tem suas particularidades, porquanto o réu agiu com profissionalismo, intenso dolo e distinta consciência da ilicitude, notando-se que teve de romper obstáculos para alcançar a *res furtivae*.

Ademais, tendo sido o crime praticado por volta das 00h08min, em horário de especial proteção, quando arrefecida a vigilância pelo particular e pelo Estado, é possível sua valoração na primeira fase da dosimetria como circunstância judicial negativa, uma vez que indicada a maior reprovabilidade da conduta.

A causa de aumento de pena referente ao repouso noturno – devidamente descrita na denúncia e confirmada pelas testemunhas - objetiva combater a criminalidade durante o período de maior vulnerabilidade social, já que a

chance de consumação delitiva aumenta significativamente no momento em que boa parte da população ordeira está dormindo.

O repouso noturno é conceituado como sendo “(...) *o período que medeia entre o início da noite, com o pôr do sol, e o surgimento do dia, com o alvorecer.*” (**Guilherme de Souza Nucci**, in Código Penal Anotado, Forense, 14^a ed. 2013, p. 829).

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

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

Cumpre consignar que a possibilidade de se valorar a prática do crime de furto durante o repouso noturno, na primeira fase da dosimetria, como circunstância do crime, foi analisada pelo 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).

No tocante a exasperação da pena, ressalta-se que: *“Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. Todavia, instalou-se na prática forense o raciocínio equivocado pelo qual a pena-base equivale à pena mínima, o que não se compactua com o espírito da legislação penal.”* (MASSON, Cleber Rogério Direito Penal Esquematizado Parte Geral 4ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 628).

Da mesma forma, cabe notar que o *“legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado”* (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Assim, atendendo aos critérios elencados no artigo 59 do Código Penal, a pena-base, qualificada pelo rompimento de obstáculos, deve ser fixada, acrescida de 1/3, em 2 anos e 8 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase, ausente circunstâncias atenuantes, por ser o réu reincidente (fls. 29 – processo nº 3003071-81.2013.8.26.0590) a reprimenda deve ser acrescida de 1/6, perfazendo, 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 15 dias-multa.

Na hipótese dos autos, inviável o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea posto que o réu, em Juízo, buscou pela absolvição alegando se tratar o bem furtado de *res derelicta* ou *res nullius*.

Ademais, no caso de que se trata, a alegada confissão se mostraria absolutamente prescindível para o desate condenatório, em razão da solidez da prova incriminadora produzida sob o crivo do contraditório, não havendo se falar em afronta ao teor da Sumula 545 do STJ, sendo certo que o presente *decisum* sequer referiu-se ao interrogatório do réu e, por não ter sido “(...) utilizada para a formação do convencimento do julgador (...)”, não permite a diminuição da pena pela atenuante do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Na terceira fase, não houve causas de aumento e diminuição de pena a serem consideradas, mantendo-se em definitivo as penas tais como fixadas na fase anterior.

Por fim, fixou-se o regime inicial semiaberto, merecendo reparo, neste ponto, a resp. sentença.

As ponderações feitas pelo Ministério Público, por pertinentes, merecem ser acolhida, mostrando-se recomendável a aplicação de regime mais rigoroso a teor do disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, destacando-se que para o réu, os mecanismos de prevenção e repressão do Estado não servem de obstáculo aos seus impulsos criminosos.

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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).

No caso em tela, observados os princípios da necessidade e suficiência da pena, necessária a fixação do regime inicial fechado, considerando-se o *quantum* de reprimenda aplicada, os péssimos antecedentes e a reincidência específica ostentadas pelo apelante.

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso interposto pela d. Defesa e **dá-se parcial provimento** ao recurso Ministerial para readequar a reprimenda e o regime inicial para cumprimento da pena impostos ao réu **WALDEMIR DA PAIXÃO DAVID** para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator