



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000412414

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503067-03.2024.8.26.0536, da Comarca de Praia Grande, em que são apelantes/apelados WILDEMBERG DE SOUZA AGUIAR e RAÍ COSTA SILVA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso do Ministério Público e deram parcial provimento ao recurso da defesa. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA E MARCELO GORDO.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

RODRIGUES TORRES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 5.024

Apelação Criminal: 1503067-03.2024.8.26.0536

Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo, Wildemberg de Souza Aguiar e Raí Costa Silva

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo, Wildemberg de Souza Aguiar e Raí Costa Silva

Comarca: Praia Grande (1ª Vara Criminal)

Juíza: Maria Isabel Aguiar de Cunto Schützer Del Nero

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO E RECURSO DA DEFESA PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. I. Caso em Exame 1. Wildemberg de Souza Aguiar e Raí Costa Silva foram condenados por furto triplamente qualificado, com penas de reclusão e multa. Wildemberg teve a pena substituída por restritiva de direitos, enquanto Raí foi mantido em regime semiaberto. O Ministério Público e os réus apelaram da sentença. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em: (i) a aplicação da causa de aumento de pena do repouso noturno aos crimes de furto qualificado; (ii) a insuficiência probatória quanto à autoria de Raí Costa Silva; (iii) a adequação do regime inicial de cumprimento de pena. III. Razões de Decidir 3. A causa de aumento do repouso noturno não se aplica ao furto qualificado, conforme entendimento do STJ. 4. A prova contra Raí Costa Silva é insuficiente para comprovar sua participação no furto, justificando sua absolvição. 4. A reprimenda imposta ao réu Wildemberg comporta reparo para afastar a qualificadora do concurso de agentes, por corolário lógico decorrente da absolvição do corréu Raí. 5; Também comporta afastamento da qualificadora de escalada, em razão da ausência de prova ou vestígios para comprovação de emprego de esforço incomum pelo agente na superação do obstáculo, eis que os elementos de prova coligidos nos autos demonstram apenas uso de cadeira para pular o muro de dentro para fora do imóvel, na fuga. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso do Ministério Público desprovido; recurso da defesa provido na parte conhecida.

Vistos para julgamento.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e os réus WILDEMBERG DE SOUZA AGUIAR e RAÍ COSTA SILVA, com base no art. 593 do CPP, interpuseram recurso de apelação contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar: “a) *WILDEMBERG DE SOUZA AGUIAR, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 155, § 4º, I, II e IV, do CP, às penas de 2 anos, 4 meses e 24 dias de*

reclusão, em regime inicial aberto, substituída por penas restritivas de direitos de prestação de serviços e limitação e fim de semana; e 12 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo da conduta; e b) RAÍ COSTA SILVA, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 155, § 4º, I, II e IV, do CP, às penas 3 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto; e 16 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo da conduta.” (fls. 183/188).

Quanto ao **direito de recorrer em liberdade**, decidiu a MM. Juíza pela **manutenção da segregação de Raí**: “*Considerando a persistência das razões que ensejaram a segregação cautelar de RAÍ, notadamente a reincidência, denego-lhe o direito de recorrer em liberdade.*” e **pela concessão ao réu Windemberg** “*tendo em vista que se trata de crime cometido sem violência ou grave ameaça e que a pena privativa de liberdade importa ao réu WILDEMBERG foi substituída por restritiva de direitos, concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade*”.

O Ministério Público, em suas razões recursais, sustenta o seguinte: **a)** a causa de aumento de pena do repouso noturno pode, sim, ser aplicada aos crimes de furto qualificado e o recente entendimento proferido pelo STJ não possui força vinculante; **c)** quanto ao regime inicial de cumprimento a ser fixado aos réus, entende que melhor seria a fixação de regime mais gravoso, em razão da gravidade em concreto da conduta em análise, observando que RAÍ ainda é reincidente, que também autoriza a fixação de regime inicial mais gravoso e que a circunstância judicial negativa também desautoriza a substituição da pena privativa de liberdade de WILDEMBERG por restritivas de direitos (fls. 201/204).

Os réus, pela Defensoria Pública, em suas razões recursais, sustentaram o seguinte: **1)** houve insuficiência probatória com relação ao apelante RAÍ COSTA SILVA, impondo-se a sua absolvição; **b)** o que se tem, de forma absolutamente isolada nos autos, é que o apelante foi encontrado na posse do bem; **c)** o silêncio do réu não pode repercutir em seu desfavor; **d)** o apelante Wildemberg, ao confessar os fatos, esclareceu que agiu sozinho desde o momento em que ingressou no imóvel, declarou que somente após a subtração, solicitou ajuda do apelante Raí apenas para transportar os bens subtraídos, sem que com isso tivesse dado ciência da origem ilícita daqueles bens, o que foi corroborado pelo relato da vítima, que foi informada pela vizinha que disse ter visualizado apenas uma pessoa pulando o muro de dentro para fora da casa; **e)** embora tivesse a possibilidade, a acusação não esgotou todos os meios de prova que poderia colacionar aos autos; **f)** por consequência lógica da absolvição de Raí, impõe-se o afastamento da qualificadora relativa ao concurso de pessoas em relação ao apelante Wildemberg, pois ficou provado que agiu sozinho; **g)** necessário o afastamento da qualificadora da escalada, considerando que, pelo laudo pericial, o muro tinha altura de 1,90 cm (fls. 83 – 93) e, nesses casos, a Corte paulista já entendeu que não há a incidência da

qualificadora; **h**) a prova oral produzida não foi capaz de atestar, indene de dúvidas, que o acesso dos apelantes se deu pelo muro; **i**) postula a compensação da agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, em relação ao apelante Raí. Requer seja o presente recurso conhecido e provido a fim de absolver o apelante Raí, com fulcro no artigo 386, V e VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a aplicação dos pedidos relativos à dosimetria da pena (fls. 222/230).

Contrarrazões apresentadas pela defesa (fls. 237/244) e pela acusação (fls. 247/250).

Nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso interposto pelo Ministério Público e pelo não acolhimento do recurso defensivo (fls. 271/276).

Eis o relatório.

Voto.

O recurso do Ministério Público deve ser desprovido e o recurso da defesa, na parte conhecida, provido.

Consta da denúncia o seguinte:

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 14 de agosto de 2024, por volta de 00h25, na Rua Fumio Miyazi, nº 503, no bairro Boqueirão, nesta cidade e comarca de Praia Grande, WILDEMBERG DE SOUZA AGUIAR e RAÍ COSTA SILVA, qualificados a fls. 05 e 07, agindo com comparsaria e em comunhão de desígnios entre si, subtraíram, para proveito comum, mediante rompimento de obstáculos e escalada, diversos bens que guarneciam a residência da vítima Ana Maria Nogueira Alonso Martinez.

Segundo o apurado, durante o repouso noturno, os denunciados se dirigiram ao local dos fatos, imbuídos de animus furandi. Ali chegando, pularam o muro que dá acesso ao local e arrombaram a porta da cozinha, obtendo, assim, acesso ao interior do imóvel, de onde subtraíram a res furtiva.

A ação foi flagrada por uma vizinha, que acionou a ajuda policial e informou à proprietária da residência sobre o ocorrido.

Imediatamente, a ofendida se dirigiu ao local onde visualizou um dos furtadores pulando o muro da casa para a calçada em poder de um balde cheio de seus pertences. Ela viu que ele foi caminhando em direção à Praia dos Sonhos quando se encontrou com seu comparsa, que também estava em poder de diversos objetos pertencentes à ofendida. Assim os furtadores deixaram o local juntos.

Políciais Militares foram acionados pelo COPOM para atender a ocorrência. Ao chegarem no logradouro em questão, encontraram com a vítima, que os informou a direção tomada pela dupla no momento da fuga. Assim, a equipe saiu no seu encalço, logrando êxito em abordar os suspeitos.

Realizada a abordagem, a res furtiva foi encontrada em poder dos denunciados. Nesta ocasião, a vítima reconheceu os bens subtraídos como sendo de sua propriedade.

Desta forma, os indiciados foram presos em flagrante e conduzidos à Delegacia

de Polícia. (...) ”

A denúncia foi recebida (fls. 69/70) e, após a instrução processual, os réus foram condenados como incurso no artigo art. 155, § 4º, I, II e IV, do Código Penal (furto triplamente qualificado pelo concurso de pessoas, escalada e pelo rompimento de obstáculo). O corréu **WILDEMBERG** foi condenado às penas de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por penas restritivas de direitos de prestação de serviços e limitação de fim de semana; e 12 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo da conduta. E o corréu **RAÍ** foi condenado às penas de 3 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto; e 16 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo da conduta.

1. DO RECURSO DA DEFESA

1.1) Da absolvição do corréu RAÍ COSTA SILVA por inexistência de prova suficientes da coautoria

Com relação ao corréu WILDEMBERG, a r. sentença reconheceu, com exação, ter sido ele o autor do furto. Aliás, a defesa nem sequer insurgiu-se contra a condenação desse corréu, pois, ele foi flagrado com parte dos bens subtraídos da vítima e confessou a autoria do furto.

A r. sentença, todavia, com relação ao corréu Raí, não foi prolatada com o mesmo acerto.

Eis a r. decisão com relação ao corréu Raí:

“No tocante ao réu Raí, cumpre observar que, embora ele tenha permanecido em silêncio e o réu Wildemberg tenha negado a sua participação no crime de furto, a versão de que ele o teria encontrado na rua e apenas pedido ajuda para carregar os itens se mostra inverossímil, sendo inafastável a conclusão de que embora agiram em concurso, ainda que apenas o réu Wildemberg tenha efetivamente ingressado no imóvel.” (sic – fls. 185)

Todavia, o conjunto probatório é insuficiente para sustentar a manutenção da condenação do corréu Raí.

É verdade que o corréu Raí permaneceu em silêncio na fase inquisitorial e, também, em juízo. Mas, como ele tem direito constitucional ao silêncio, em nada poderá ser prejudicado pelo exercício desse direito previsto no art. 5º, nº LXIII da Constituição Federal.

Por sua vez, o réu WILDEMBERG, em juízo, afirmou que praticou o furto sozinho e que encontrou o réu RAÍ após a subtração e apenas pediu ajuda a ele para carregar os objetos furtados.

Assim, embora flagrado também na posse de parte dos objetos e na companhia de WILDEMBERG, os elementos probatórios não são suficientes para comprovar que RAÍ participou da ação delitiva do furto. Participou,

sim, apenas, depois da consumação, o que afasta a imputação por falta de comprovação de contribuição material para a realização e consumação do furto. A participação posterior à consumação é atípica com relação ao crime consumado. Não há falar em relevância causal da conduta de quem participa de um crime exclusivamente depois de sua consumação. E as provas coletadas dão respaldo à afirmação de Wildemberg com relação à não participação posterior de Raí na execução e consumação do furto executado e consumado exclusivamente por Wildemberg.

Como observou o digno magistrado na r. sentença recorrida, a vítima relatou que viu apenas um rapaz pulando o muro e que **“o rapaz que pulou o muro foi preso e estava se encontrando com outro indivíduo nas imediações do imóvel”**. E o **policial militar Jomar Leandro Feijó**, por sua vez, afirmou que, **“Ao chegarem ao local, foram informados de que um indivíduo havia pulado o muro e fugido. Seguiram no encalço e conseguiram localizar dois indivíduos que estavam juntos, carregando uma trousse de lençol. Dentro da trousse, encontraram bijuterias, roupas e ventiladores. A vítima reconheceu os bens como sendo de sua propriedade. Os dois indivíduos negaram envolvimento com o furto, apesar de estarem juntos e em posse dos objetos encontrados.”**

Como se vê, a vítima e a testemunha nomeada deram respaldo à afirmação de WILDEMBERG, que assumiu ter praticado o furto sem contar com a autoria ou participação de Raí.

Finalmente, com relação ao LAUDO PERICIAL (fls. 83/93), consta da conclusão do Perito o seguinte: *“A busca por imagens latentes de impressões papiloscópicas resultou negativa”* (fls. 85).

O conjunto probatório, portanto, não é suficientemente sólido nem seguro nem confiável para afirmar o envolvimento do réu RAÍ nos fatos narrados na denúncia, o que está a determinar a sua absolvição em respeito ao princípio *in dubio pro reo*.

Com efeito, *“os fundamentos absolutórios da sentença penal decorrem da dimensão de regra probatória da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) e do instituto do ônus da prova, em seu aspecto objetivo. Este consiste em regra de valoração do resultado da prova, que impõe a absolvição quando houver dúvida judicial quanto à veracidade dos enunciados fáticos contidos na denúncia ou queixa-crime (in dubio pro reo)”* (in Código de processo penal comentado [livro eletrônico] - coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró -- 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

No mesmo sentido, argumenta Eugênio Pacelli (in Curso de processo penal – 19. ed. rev. e atual – São Paulo: Atlas, 2015):

“[...] talvez sejamos todos essencialmente garantistas, se e desde que se nos repugne a ideia de condenação (afirmação de certeza judiciária) baseada em convencimento cuja dúvida ainda remanesça no espírito do próprio julgador. In dubio pro reo, ou, em bom vernáculo, na dúvida prevalece a incerteza. E, com ela, em um Estado Democrático de Direito, a interpretação pautada pelos postulados da vedação de excesso (do poder) e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, impondo, em tais situações, a não condenação.” (pg. 50)

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal:

“APELAÇÃO CRIMINAL – Estupro – Ausência de provas confirmando a autoria – Consagração do princípio do in dubio pro reo – Absolvição mantida – Recurso desprovido. (Apelação Criminal 1500005-76.2020.8.26.0444, Rel. Ricardo Sale Júnior, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. 10/06/2022)

Estupro de vulnerável – Conjunto probatório frágil com relação aos fatos – Improcedência da ação penal com fundamento na insuficiência probatória – Entendimento Na falta de elementos que atestem a vinculação do agente ao fato, cuja inexistência não restou cabalmente comprovada, cumpre decretar-se a absolvição por inexistência de prova suficiente à condenação.” (Apelação Criminal 1502784-26.2020.8.26.0566, Rel. Grassi Neto, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. 30/05/2022)

Por isso, de rigor a reforma da r. sentença recorrida para que, por absoluta insuficiência do conjunto probatório, seja absolto o corréu **RAÍ COSTA SILVA** da imputação da prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, I, II e IV do CP.

1.2) Da dosimetria da pena infligida a WILDEMBERG

WILDEMBERG DE SOUZA AGUIAR foi condenado como incurso nas penas do **art. 155, § 4º, I, II e IV, do CP¹**, às penas de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial aberto, **substituída por penas restritivas de direitos** de prestação de serviços e limitação de fim de semana; e 12 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo da conduta,

A dosimetria da pena foi assim fundamentada pela MM. Magistrada:

“Na primeira fase de dosimetria, tratando-se de furto triplamente qualificado, uma das qualificadoras será considerada para fins de tipificação do delito na forma qualificada (concurso de pessoas), ao passo que as demais (escalada e rompimento de obstáculo) poderão ser valorada na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial, na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante. In casu, a escalda e o rompimento de obstáculo não constituem agravantes, mas ultrapassam o modo normal de execução do delito (circunstâncias do crime). No mais, o réu não possui maus antecedentes e inexistem elementos nos autos para

¹ Código Penal, “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...) **Furto qualificado: § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.**”

valorar negativamente sua personalidade e sua conduta social. Ademais, a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime foram normais aos tipos penais em comento e a vítima em nada contribuiu para o cometimento do crime. Assim sendo, aumento a pena em 1/5, ficando a pena base fixada em 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa.

Na segunda fase, o réu é tecnicamente primário (fls. 33/35) e a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante de crime cometida contra maior de 60 anos (art. 61, II, h, do CP), fixando-se a pena intermediária em 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, não se aplica à espécie a causa de aumento do repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP), consoante entendimento firmado pelo STJ no julgamento do Tema 1.087: “A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º).” Ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, torno definitiva a pena de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa.

O réu deverá iniciar o cumprimento das penas em regime aberto, consonante os critérios estabelecidos no art. 33 do CP, o qual reputo suficiente e adequado, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e a primariedade.

A pena privativa de liberdade deve ser substituída pelas penas restritivas de direitos de prestação de serviços e limitação de fim de semana, na forma do art. 44 do CP.

Devido à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, deixo de conceder o sursis, com base no art. 77, III, do CP.

Considerando a ausência de maiores elementos sobre a condição financeira do acusado, o valor unitário dos dias-multa deve ser fixado no patamar mínimo legal de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo da conduta, devidamente atualizado.”

Todavia, a dosimetria da pena de WILDEMBERG, por corolário lógico da absolvição de RAÍ, está a merecer revisão, especialmente para o afastamento da qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas, mas, também, para o afastamento da qualificadora da escalada.

a) Do afastamento de duas qualificadoras

Não há falar na incidência das qualificadoras do art. 155, §4º, IV (mediante concurso de duas ou mais pessoas) e do art. 155, §4º, II (escalada).

A qualificadora do concurso de pessoas não poder ser aplicada, obviamente, em razão da absolvição do corréu Raí e do reconhecimento de que a prova é bastante, apenas, para afirmar a autoria do corréu WILDEMBERG, que, segundo o conjunto probatório executou e consumou o furto sem contar com qualquer participação relevante de outra pessoa.

E a qualificadora da escalada também deve ser afastada, porque não há prova bastante de sua configuração.

Conforme destacou a defesa do apelante, o muro supostamente escalado consta medir 1,90 (laudo pericial fls. 84): “*Havia muro de altura mínima de, aproximadamente, 1,90m, em todo o perímetro e com topo*

guarnecido com concertina metálica pelo flanco esquerdo”.

Mas, para o reconhecimento da qualificadora, é imprescindível a realização de laudo pericial, sendo a sua substituição por outros meios probatórios possível somente se: (i) o delito não deixar vestígios; (ii) os vestígios deixados desaparecerem; ou (iii) as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ART. 387, IV DO CPP. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO MONTANTE PRETENDIDO. AFASTAMENTO QUALIFICADORAS DAS DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E DA ESCALADA. PERÍCIA NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A fixação de valor mínimo para reparação dos danos (ainda que morais) exige: (I) pedido expresso na inicial; (II) indicação do montante pretendido; (III) realização de instrução específica a respeito do tema, para viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório. 2. Para o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se (a) o delito não deixar vestígios; (b) os vestígios deixados desaparecerem; ou (c) as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. 3. Na espécie, não foi realizada a perícia no local dos fatos para comprovar o rompimento de obstáculo ou a escalada, e não foi apresentada nenhuma das justificativas enumeradas pela jurisprudência desta Corte Superior para que aquela não fosse produzida. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp n.º 2.015.778/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 4/11/2022).

No caso em tela, houve a produção do laudo pericial (fls. 83/93), mas, a prova pericial realizada não afirma a escalada. E o exame pericial certamente encontraria vestígios se tivesse mesmo sido realizada a escalada para adentrar no imóvel. O laudo pericial aponta tão somente uma cadeira para auxílio na fuga de dentro para fora do imóvel. E a vítima, em juízo, confirmou ter visto um indivíduo pulando o muro de dentro para fora do imóvel.

Dessa forma, não havendo comprovação, por perícia ou por qualquer outro elemento de prova que indique a realização da escalada para o ingresso no imóvel, a qualificadora não comporta incidência.

Nesse sentido, destaco precedente deste Egrégio Tribunal:

“Apelação Criminal – FURTO QUALIFICADO – Princípio da insignificância. Impossibilidade. Crime cometido com invasão a imóvel, tornando a conduta mais reprovável sob a ótica penal, não se olvidando do valor do bem, o qual não pode ser considerado de pequena monta. Conjunto probatório suficiente para a manutenção da condenação. Prova testemunhal coesa e harmônica. Qualificadora da escalada. Afastamento. Necessidade. Ausência de informações

*acerca da altura dos muros escalados e se houve emprego de esforço incomum pelo agente na superação do obstáculo. Qualificadora do concurso de agentes devidamente comprovada. Tentativa. Reconhecimento. Possibilidade. Réu surpreendido ainda no local dos fatos, restando frustrada a consumação do delito. – Reprimenda. Redução. Afastamento da qualificadora da escalada, também utilizada para valorar negativamente as circunstâncias do crime. Menor fração de aumento pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis remanescentes e pela agravante da reincidência. – Regime prisional. Adequação. – Substituição da sanção corporal ou sursis. Impossibilidade. Ausência dos requisitos legais. – APELO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSP; Apelação Criminal 1501808-57.2021.8.26.0445; Relator (a): Rachid Vaz de Almeida; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pindamonhangaba - Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/02/2025; Data de Registro: 03/02/2025 – **grifo meu**)*

De rigor, portanto, o afastamento também da qualificadora prevista no art. 155, §4º, II do CP.

Assim, apenas há de ser considerada a qualificadora prevista no art. 155, §4º, I (com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa). É que houve danificação da porta da cozinha do imóvel, fato comprovado pela acusação (laudo pericial fls. 83/93) e nem sequer negado pela defesa.

b) Primeira fase.

Na primeira fase da dosimetria, diante da única qualificadora configurada, considerando as circunstâncias judiciais referidas no artigo 59 do CP, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, com a unidade no mínimo legal. Com efeito, como constou da r sentença recorrida, “*o réu não possui maus antecedentes e inexistem elementos nos autos para valorar negativamente sua personalidade e sua conduta social. Ademais, a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime foram normais aos tipos penais em comento e a vítima em nada contribuiu para o cometimento do crime*”.

c) Segunda fase.

Na segunda fase, como também ficou consignado na r. sentença recorrida, o réu é tecnicamente primário (fls. 33/35) e a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante de crime cometida contra maior de 60 anos (art. 61, II, h, do CP), o que, agora, determina a manutenção das penas nos patamares fixados na fase anterior: 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, com a unidade no mínimo legal.

d) Terceira fase.

Também cabe invocar a r. sentença recorrida: *Na terceira fase da dosimetria, não se aplica à espécie a causa de aumento do repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP), consoante entendimento firmado pelo STJ no julgamento do Tema 1.087: “A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de*

furto na sua forma qualificada (§ 4º)”

Não há quaisquer outras causas de aumento ou de diminuição a considerar. As penas definitivas ficarão assim fixadas: 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, com a unidade no mínimo legal.

Do regime.

Mantida, também nesse ponto, a r. sentença: “*O réu deverá iniciar o cumprimento das penas em regime aberto, consonante os critérios estabelecidos no art. 33 do CP, o qual reputo suficiente e adequado, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e a primariedade*”.

Da substituição da pena privativa de liberdade

Mantida também a r. sentença recorrida nesse particular: “*A pena privativa de liberdade deve ser substituída pelas penas restritivas de direitos de prestação de serviços e limitação de fim de semana, na forma do art. 44 do CP.² Devido à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, deixo de conceder o sursis, com base no art. 77, III, do CP.*”

2) DO RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO e a inaplicabilidade da circunstância judicial do repouso noturno e da substituição do regime aberto por mais rigoroso.

A pretensão recursal ministerial não procede.

2.1) Da causa de aumento do repouso noturno

Em recente mudança de entendimento, em sede de recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese: “*A causa de aumento prevista no §1º, do art. 155, do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§4º)*” (Tema n.º 1.087).

Da ementa do *leading case*, REsp n.º 1.888.756/SP, de relatoria do Min. João Otávio Noronha, colhe-se o seguinte:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. FURTO. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULATÓRIO. REEXAME DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DESPROPORCIONALIDADE. 1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda

² CP, art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

que reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adéquem à possibilidade de evolução de entendimento. 2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP. 3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade. 4. Tese jurídica: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º). 5. Recurso especial parcialmente provido” (Terceira Seção, j. 25.05.2022, g.n.).

Assim, como este é um caso de furto qualificado, inaplicável a majorante do repouso noturno.

2.2) Do descabimento da substituição do regime inicial por regime mais gravoso

Como não foram consideradas circunstâncias judiciais desfavoráveis, não se pode fixar regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena. Há de prevalecer o regime aberto, nos termos do artigo 33 do CP, em face da primariedade e montante da pena aplicada.

Decididamente, não procede a pretensão recursal do Ministério Público e procede, em parte, a pretensão recursal da defesa, nos termos da fundamentação deste voto.

ISSO POSTO,

(1) NEGÓ PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público e **(2) DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da defesa (a) para **ABSOLVER** o corréu **RAÍ COSTA SILVA**, forte no artigo 386, VII do CPP, e (b) para **MANTER A CONDENAÇÃO** do corréu **WILDEMBERG DE SOUZA AGUIAR**, mas, como incurso no artigo artigo 155, § 4º, I (com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa) do CP, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos de reclusão, com início no **regime aberto** (CP, art. 33), **SUBSTITUÍDA**, com fundamento no artigo 44, caput e §2º do CP, por 02 (dois) anos de prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, nos termos dos artigos 46 e 48 do CP, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, com a unidade no mínimo legal.

Expeça-se alvará de soltura em favor do corréu Raí Costa Silva.

Eis o meu voto.

RODRIGUES TORRES
Relator