



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000421194

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502482-70.2023.8.26.0540, da Comarca de Rio Grande da Serra, em que é apelante DANIEL ROSALEM, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, apenas para reduzir as penas, tolhendo-se de ofício a majorante do furto noturno, e ora se entabulando penas definitivas em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso legal, no mais, mantida a sentença impugnada por seus fundamentos, vencido em parte, o 3º Juiz, Exmo. Des. Sérgio Coelho, que negava provimento ao recurso, mantendo a majorante do repouso noturno, e não declara.** , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO E SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502482-70.2023.8.26.0540.

Apelante: DANIEL ROSALEM (Advogado Denis Borges de Lima).

Apelado: Ministério Público de São Paulo.

Sentença: Juiz de Direito, Heitor Moreira de Oliveira — Vara Única.

Comarca: Rio Grande da Serra.

VOTO nº 33.894.

**PENAL. PROCESSUAL PENAL.
APELAÇÃO. CRIME DE FURTO
QUALIFICADO NA FORMA TENTADA.
CONDENAÇÃO. APELO DO RÉU.**

Pretendida absolvição do **acusado** por atipicidade material com base no princípio da insignificância ou, ainda, pela excludente de ilicitude ligada ao estado de necessidade (furto famélico), com pleitos subsidiários de fixação de pena-base mínima e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Mérito. Provas. Materialidade. Base documental/pericial. Autoria. Provas orais. Aptidão do acervo probatório à condenação. Pontos incontroversos. Excludente de ilicitude. Estado de necessidade. Furto famélico. Não há provas de que o proveito do crime, constituído em parte por moeda, sob declarado fim para angariar dinheiro, se destinasse a atender finalidades imediatas para atenuar a fome. Tese ligada ao princípio da insignificância.

Responsabilização inescapável ao fato de que o crime, produzindo dano indireto não recomposto, tem por autor um multirreincidente. ***Mantida a condenação basal.***

Dosimetria. Penas. Exasperação da pena-base. Maus antecedentes. Não se observando ofensa à regra da desproporcionalidade como técnica de decisão, é mantida a pena-base. – Provimento *ex officio* em posterior redução das penas na terceira fase por não se admitir a majorante do furto noturno na forma qualificada. Precedentes. – Substituição da pena corporal. Descabimento à conta dos óbices legais dos antecedentes e da reincidência, que é específica, além disso. Art. 44, § 3º, do CP. *Pleitos subsidiários afastados.*

Parcial provimento.

VISTO.

Trata-se, aqui, de **Apelação** interposta contra r. sentença absolutória proferida nos autos da ação penal epigrafada (publicada na data de **31.10.2024** – fls. 226).

A denúncia oferecida (recebida em **23.10.2023** – fls. 125) imputou a **DANIEL ROSALEM** a prática de crime previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso I, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (furto qualificado por rompimento de obstáculo na forma tentada) (fls. 96/98). Segundo a denúncia, na data de **30.9.2023**, por volta da 01h45min da madrugada, na Rua Venâncio Orsini, nº 52, Centro, cidade e Comarca de Rio Grande da Serra, o réu **DANIEL** tentou subtrair para si, durante repouso noturno, mediante rompimento de obstáculo, a quantia de R\$ 105,00 (cento e cinco reais), além de quatro minigarrafas de refrigerantes da marca Coca-Cola, quatro latas de refrigerante das marcas Antártica e Coca-Cola, duas latas de suco da marca Dell Vale e três garrafas da marca Gatorade, precificados em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) (cf. auto de exibição, apreensão e avaliação, fls. 24/25), em detrimento da Escola de Futebol Grêmio, pertencente à vítima Levi Barboza Braga, apenas não se consumando o crime por circunstâncias alheias à vontade do **acusado**. Movido pela intenção de furtar (*animus furandi*), o réu **DANIEL** rumou ao local, rompeu o cadeado que guarnecia o portão principal, adentrou o prédio e dirigiu-se à lanchonete. Ali reuniu as bebidas citadas e recolheu a fêria do caixa. Ainda tentou arrombar um portão de ferro sem sucesso. Residindo no andar superior, o representante da vítima Levi ouviu

barulho decorrente da ação delitiva e acionou a polícia, que deteve o **réu** *in loco*. Em solo policial, ele confessou o crime, salientando tê-lo cometido em virtude da toxicodependência em *crack* (fls. 13). Com a autuação em flagrante (fls. 01), sobreveio a persecução penal.

Das provas: auto de exibição e apreensão (fls. 24/25); laudo pericial do local do crime (fls. 117/124); além da oitiva, arrolada pelas partes, das testemunhas Paulo Rogério da Silva Lima e Ivan Santiago dos Reis, finda, então, a instrução com o interrogatório (cf. mídia, fls. 213).

Regularmente tramitada, a ação penal foi julgada **procedente**, e o **acusado**, **condenado** às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa no piso legal, sem benesses penais, refutado o recurso em liberdade (fls. 214/219). Trânsito em julgado certificado para a Acusação na data de **5.11.2024** (fls. 246). Apela o **réu** por sua absolvição por atipicidade material ligada ao princípio da insignificância e pela excludente de

ilicitude ligada ao estado de necessidade (furto famélico), com pleitos subsidiários de redução da pena-base ao piso legal e substituição da pena corporal (fls. 228/233).

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo (fls. 234/236), com parecer da culta Procuradoria-Geral de Justiça parcialmente favorável, apenas pela atenuação das penas infligidas (fls. 257/259).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Apelo unicamente defensivo que, sem preliminares, impugnou o mérito e a dosimetria, como já explanado no relatório.

Em que pese o empenho argumentativo da d. Defesa, a condenação é **correta**, mostrando-se inviável o acolhimento das teses recursais ora lançadas, compreensíveis que sejam em sua racionalidade técnica e legal, como passo a expor.

Materialidade e autoria demonstradas. A primeira repousa na base documental já descrita no relatório, bem destacadas a **apreensão da *res furtiva*** (fls. 24/25) e uma subsequente **perícia do local do crime** (fls. 117/124), atestando ainda cabalmente o rompimento do obstáculo. Por outro lado, a identificação do **réu** é cabal. Surpreendido no epicentro dos fatos à circunstância do flagrante próprio por crime em curso, e detido no próprio local visado, o **acusado** admitiu a prática do crime, **sob diferentes versões**, além de ter sido reconhecido, na fase do contraditório, pelas testemunhas idôneas e compromissadas Ivan e Paulo, policiais militares.

Em suma, o acervo probatório é mais do que suficiente à formação da “culpa”, não havendo azo

para teses dilatórias, como a da insuficiência de provas (artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal).

Sobre a excludente de ilicitude ligada ao estado de necessidade, compreendo-a não comprovada nos autos. A alegação pauta-se **exclusivamente** na própria versão judicial do **réu**, vertida sob as balizas da cláusula proibitiva à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), em que justificou a incursão delitiva à conta de prementes dificuldades financeiras, especialmente por despesas relacionadas à criação de sua filha. Embora não se duvide, até pela condição de assistido por um defensor dativo, que o **acusado** viva em situação de vulnerabilidade material, ela não se confunde com caso de **furto famélico**, em que é atual, presente e agudizada a premência da fome, **nada** nos autos não comprovando tal hipótese. O próprio **DANIEL** ponderou em juízo que **contava com respaldo da esposa, inclusive para ter arrumado trabalho**.

Conforme dispõe o artigo 24 do Código

Penal, o estado de necessidade configura-se nos casos em que há **perigo atual**, não provocado pela vontade do agente, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Ora, a hipossuficiência material basicamente define, infelizmente, a tônica de grande parte da população brasileira, não se ajustando, portanto, ao **excepcional** caso de estado de necessidade, em que a ilicitude de ação material que, por sua dinâmica, se ajustaria a um tipo penal, exige a **atualidade de perigo extremo**, aqui não verificado. Nota-se que os itens da *res furtiva* se constituíam em dinheiro em espécie e diferentes tipos de bebida, **não consumidas de pronto**. Não havia, pois, o claro intento de saciar a fome ou sede. A apreensão do proveito do crime (fls. 24/25) ajusta-se bem à confissão produzida em solo policial (fls. 13), **parcialmente retratada na fase judicial**, em que o **acusado**, então, reconheceu, ao que tudo indica com maior franqueza, que seu objetivo era **obter recursos para saciar sua toxicodependência**. Esse dado é evidenciado pela recolha da fêria do caixa, além da coleta de itens da mesma espécie, à conta de provável receptador concreto, que lhe pagaria por bebidas a serem revendidas no mercado informal. Tanto também

fica claro pela pretérita condenação definitiva do **acusado** por posse de drogas para consumo pessoal (Autos nº 0003013-09.2012.8.26.0512 – fls. 130).

Quanto ao fundamento peremptório da atipicidade material pelo **princípio da insignificância**, compreendo-a insubsistente.

Apoiado na doutrina alemã, o “crime de bagatela” **não** se produz **única e exclusivamente com base no valor da “res furtiva”**, ao contrário do que se poderia intuitivamente inferir. Na espécie, o preço de mercado da coisa, embora pouco expressivo (R\$ 105,00 – fls. 24/25) por ser inferior ao salário-mínimo nacional, **não deve ser tomado como vil ou de somenos valor**, que é o que, por essa perspectiva especificamente, pode em tese levar ao reconhecimento de conduta destituída de relevância penal. Apesar de o valor **não fulgurar, para alguns, como apto a se qualificar como penalmente relevante**, a tipicidade do crime não está cingida ao valor de troca da coisa enquanto mercadoria.

O Pretório Excelso, ao deliberar sobre tal modalidade de exclusão da tipicidade formal em amplo repertório de precedentes no tema (HC 87.478/PA; HC 92.463/RS; HC 94.505/RS; HC 94.772/RS – os três primeiros sob relatoria do Ministro Eros Grau, e o último, do Ministro Celso de Mello), **compreende que, estando baseada em postulado de política criminal, ela se aplica apenas se atendidos, cumulativamente, os vetores definidos por aquela ínclita Corte de Justiça:** inexistência de periculosidade social da ação; mínima ofensividade da conduta do(s) agente(s); inexpressividade da(s) lesão(ões) jurídica(s) causada (s); reduzidíssimo grau de reprovabilidade social. Ao reexame do caso, não se autorizaria reconhecer a atipicidade, como pretende o nobre Defensor.

Além de não se poder sustentar, como indicado, a inexpressividade da lesão patrimonial, **ainda que recomposta à vítima**, os demais critérios não foram atendidos. O **apelante**, agindo com premeditação, articulou-se à subtração por **meio de rompimento de obstáculos**, cabalmente comprovado por meio de laudo

pericial (fls. 117/124), esse sim, **prejuízo, ao que consta, não recomposto à vítima**, o que anula a perspectiva de mínima ofensividade da conduta praticada.

Ademais, no plano **subjetivo**, são claras as nódoas contra **DANIEL**: além de ser **portador de maus antecedentes**, é **reincidente específico**. Não se habilitaria, a rigor, nem mesmo à concessão da **forma privilegiada** do delito, o que detém lastro normativo, **não podendo ser, pois, absolvido de plano**, ao fundamento de hipótese de exclusão de ilicitude **sem amparo direto** na Lei Penal brasileira. Daí se ponderar que a atipicidade material, nos termos ora sopesados, deve ser tratada com máxima cautela, sem desprestigar o rigor de nossas leis penais.

Em suma, o caso **já não autorizaria tomar-se como de ínfima ou inexistente censura social a conduta ora analisada**. O desvalor da ação é proporcional à **inequívoca periculosidade** verificada. Destarte, é **indisputada** a **ofensividade na conduta do**

apelante, de maneira a não merecer ser apaniguado com a solução visada à luz da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

Importante destacar, nesse diapasão, que a restituição do objeto material do crime, ocorrida à revelia da vontade do réu (aqui é caso de furto tentado, afinal, e não de arrependimento posterior), não deve integrar a órbita de considerações sobre o arco dinâmico dele. Faz parte da esfera do *post factum* e, por essa razão, os Tribunais brasileiros têm sustentado a ideia de que não é **hábil** a mitigar a lesividade da ação delitiva ou, menos ainda, a **justificar a absolvição com base no princípio da insignificância**, como consolidado no Tema 1.205 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Na jurisprudência de Cortes Superiores se assinala a incongruência da tese defensiva:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO (ARTIGO 155, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para a aplicação do princípio da bagatela, há necessidade de se considerar algumas condições, tais como (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) ausência de periculosidade social da ação, (c) baixo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF - HC n. 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ em 02/08/2004, e STJ- AgRg no HC n. 543.291/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/02/2020, DJe de 12/02/2020). 2. **A jurisprudência desta Corte tem rechaçado a aplicação do princípio da insignificância ao crime de furto quando o agente for reincidente ou portador de maus antecedentes em razão da maior ofensividade e reprovabilidade da conduta (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.250.234/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/04/2023, DJe de 28/04/2023).** 3. O presente recurso não apresenta argumentos capazes de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de modo que merece ser integralmente mantida. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 2.123.686/MG, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 23/10/2024, DJe de 28/10/2024)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS LIMINARMENTE INDEFERIDO. **FURTO QUALIFICADO (CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. HABITUALIDADE CRIMINOSA. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.** Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 934.197/SP, relator Ministro

Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/10/2024, DJe de 23/10/2024)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. OBJETOS CUJO VALOR ULTRAPASSA 10% DO SALÁRIO-MÍNIMO À ÉPOCA DOS FATOS. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. REPROVABILIDADE E PERICULOSIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: 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 provocada. 2. No caso, o agravante foi condenado pela prática de furto qualificado, pois teria pulado o muro da casa de uma vizinha e de lá subtraído 11 pratos de louça e 2 pacotes de café, avaliados em R\$ 120,89, correspondente a 12,11% do salário-mínimo vigente no ano de 2019. 3. **As peculiaridades do caso concreto - prática delituosa na forma qualificada mediante rompimento de obstáculo, somada ao valor da *res furtivae* superior a 10% do valor do salário-mínimo da época, reincidência e maus antecedentes do paciente - demonstram significativa reprovabilidade do comportamento e relevante periculosidade da ação, o que é suficiente para o afastamento da incidência do princípio da insignificância. Precedentes.** 4. De acordo com a orientação firmada no Tema Repetitivo n. 1.205 do STJ: "A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância." 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 922.667/RO, relator Ministro **Og Fernandes**, Sexta Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 22/10/2024)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **As instâncias ordinárias destacaram a reiteração delitiva do réu - que ostenta, ao menos, seis condenações definitivas anteriores a título de reincidência e maus antecedentes por delitos patrimoniais, inclusive, roubo - o que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é suficiente para obstar a incidência do princípio da insignificância.** 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.699.734/MG, relator Ministro **Rogério Schietti Cruz**, Sexta Turma, julgado em 8/10/2024, DJe de 15/10/2024)

Condenação inteiramente mantida

pelos fundamentos já expostos.

Passo às penas.

Recapitulo a dosimetria, com as vênias de estilo (fls. 217/219): ***“Na primeira fase, verifico que o réu é multirreincidente, uma vez que registra mais de uma condenação anterior já transitada em julgado (fls. 129/133, autos nº 0001445-84.2014.8.26.0512, 7000007-59.2018.8.26.0512, 7000019-65.2016.8.26.0505). Diante dos maus antecedentes, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão. Na segunda***

fase, incide a atenuante da confissão, mas presente a agravante da multirreincidência. Assim, em conformidade com a tese do Tema 585 do STJ, "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade", entendo que a reincidência deva prevalecer, embora com menor grau, vez que presente também atenuante da confissão espontânea, razão pela qual fixo a pena intermediária em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na terceira fase, incide a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno (1/3), bem como a minorante da tentativa (1/3). Assim, torno definitiva a pena em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa. Fixo o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, tendo em vista a ausência de elementos precisos acerca da condição financeira do acusado. Em razão do quantum de pena estabelecido e observada a reincidência do réu, bem como o teor da Súmula 269 do STJ in verbis "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais", fixo o regime SEMIABERTO para o início do cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois não restaram configurados os pressupostos do art. 44, II, do Código Penal. O réu também não preenche os requisitos para aplicação do art. 77, I, do Código Penal. Isto posto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva para CONDENAR o réu DANIEL ROSALEM como incurso no artigo 155, § 1º (repouso noturno) e 4º, I (rompimento de obstáculo), c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa no valor mínimo unitário. NEGO ao réu o direito de recorrer em liberdade, e, assim, com fulcro no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, incluído pela novel

Lei nº 13.964/2019, MANTENHO a prisão preventiva do acusado, uma vez que a gravidade in concreto do delito, bem como por seus maus antecedentes e sua reincidência, sendo circunstância necessária para assegurar a ordem pública. Anote-se a revisão da prisão no sistema SAJ, notadamente para futura reapreciação, devendo a Serventia observar o disposto no Comunicado CG nº 78/2020. No entanto, diante do regime inicial de cumprimento da pena corporal aqui fixado (SEMIABERTO), necessária a imediata transferência do acusado para estabelecimento prisional adequado e de acordo com o regime inicial fixado para o cumprimento da reprimenda (SEMIABERTO), se por outro processo não estiver preso. OFICIE-SE ao estabelecimento prisional em que se encontra o réu para que providencie, se por outro processo não estiver preso, a transferência do condenado para estabelecimento prisional adequado e de acordo com o regime inicial fixado para o cumprimento da reprimenda (SEMIABERTO). Por último, CONDENO o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, nos termos do artigo 804 do CPP, observada eventual gratuidade (se o caso). Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados (artigo 5º, LVII, da Constituição da República), providencie a serventia o necessário para o início do cumprimento de sua pena e expeça-se certidão de honorários pela atuação parcial (fl. 159) P.I.C.”.

Dimensionamento correto, pelo que ora ficam afastados os pleitos subsidiários conhecidos, urgindo, porém, a parcial reforma das penas em favor do réu, como ora passo a expor.

Na primeira fase, lançada a devida motivação judicial (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988), contra o **réu**, que é **portador de maus antecedentes**, provando-se, aliás, contumaz na prática de crimes contra o patrimônio (fls. 129/133). A existência de tais circunstâncias judiciais demeritórias rompe a lógica de neutralidade, **não se detectando ofensa à regra da proporcionalidade como técnica de decisão**. Ao juiz se reserva, no estágio inicial da dosimetria, uma margem de discricionariedade para dimensionar a resposta penal em confronto com a gravidade do fato ou à miríade de circunstâncias desfavoráveis, *in casu* a clara contumácia na mesma espécie de crime patrimonial, **sem incidir em bis in idem**, em se tratando de condenações que não coincidem com a relacionada à reincidência. Revelou-se o completo fracasso da finalidade de prevenção, mais particularmente a especial negativa (dissuasória), o que exige uma reação mais severa pelo Estado. **Mantidas as penas iniciais de três anos de reclusão**, e, para especificação e ajuste proporcional entre as espécies de reprimenda, **quinzes dias-multa**, nada se tendo, então, indicado expressamente na sentença.

Na segunda fase, há de se manter o aumento proporcional em **1/6**. Bem reconhecida a atenuante da confissão espontânea, porque integrada a versão do **réu** à formação do convencimento judicial (Súmula nº 545 do C. Superior Tribunal de Justiça), aqui sopesada com a **reincidência específica** (Autos nº 0001827-77.2014.8.26.0512, com trânsito em julgado em 21.11.2017; Autos nº 7000007-59.2018.8.26.0512, com trânsito em julgado em 21.11.2017), além de **múltipla**. Para a C. 9ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça, existe parâmetro de $\frac{1}{4}$ para exasperação em situações de reincidência específica, aqui também múltipla, de forma que o gradiente se mostra adequado. Nada a se retificar nas penas intermediárias de **três anos e seis meses de reclusão, com pagamento de dezessete dias-multa**.

Na terceira fase, reparo necessário para **tolhimento**, aqui realizado **de ofício**, da majorante pelo **furto noturno**, já que a jurisprudência **não** admite o furto noturno ao crime em sua forma qualificada (Tema Repetitivo nº 1087; REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022). Por outro lado, havia a minorante, bem reconhecida, da tentativa, com base na

teoria da amotio e na Súmula nº 582 do C. Superior Tribunal de Justiça, à falta de efetiva retirada dos bens da esfera de disponibilidade do sujeito passivo. Ao revés do quanto afirma a d. Procuradoria-Geral de Justiça, o **réu**, tendo rompido o cadeado, ingressado no prédio e amealhado a *res furtiva* (incluindo inúmeras latas de bebida e a fêria do caixa), de furto **consumado**, à efetiva retirada dos bens da esfera de disponibilidade do sujeito passivo, esteve muito próximo, pois já se lançava em fuga, quando foi surpreendido no local pela polícia. Assim, o redutor em **1/3**, a meu sentir, mostra-se adequado, restando **confirmado**. Penas definitivas aqui fixadas em **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, com pagamento de 11 (onze) dias-multa**, também mantido o valor unitário mínimo, condizente com a condição de hipossuficiência material sugerida pelo fato de ser assistido por defensor dativo, nada se apurando sobre sua situação financeira.

Quanto ao regime inicial, compreendo que a conjunção de inúmeras **nódoas subjetivas**, relacionadas à reincidência e aos antecedentes, estes plasmados como circunstâncias desfavoráveis (Súmula 269

do C. Superior Tribunal de Justiça), o regime inicial **semiaberto** mostra-se proporcional e adequado como resposta penal, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Desautorizada, na espécie, à míngua de cumprimento dos critérios do artigo 44 do Código Penal, pelos **maus antecedentes** e pela **reincidência**, que é **específica** (artigo 44, § 3º, do Código Penal), a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. **AFASTO**, pois, o pedido de conversão da reprimenda citada, eis que claramente insuficientes as de demais espécies.

Inaplicável, ainda, o quanto disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, eis que **irrelevante**, a segregação provisória para a fixação do regime inicial, reservando-se ao Juízo das Execuções a apreciação de eventuais incidentes, à luz das hipóteses previstas no artigo 66 da Lei nº 7.210/1984.

Diante de decisão do C. Supremo Tribunal Federal, que deixou de considerar possível (ainda que por maioria), a prisão depois da decisão de Segundo Grau, resta avaliar, neste momento, manutenção ou mesmo decretação de prisão preventiva, dentro de seus requisitos legais, na forma do **artigo 617**, c.c. o artigo 387, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

No caso, o **apelante** segue preso desde o início da persecução penal, com sentença de primeiro grau mantendo a prisão, surgindo, agora, confirmação dela, por crime grave, pois, para cumprimento em regime inicial **semiaberto**, destacadas, igualmente, presentes as circunstâncias que outrora determinaram a segregação cautelar, principalmente pela periculosidade do agente, **reincidente específico e portador de maus antecedentes, fica, pois, mantida a prisão preventiva, comunicando-se a respeito.**

Do exposto, por meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para

reduzir as penas, tolhendo-se de ofício a majorante do furto noturno, e ora se entabulando penas **definitivas** em **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso legal**, no mais, mantida a sentença impugnada por seus fundamentos.

COMUNIQUE-SE, com manutenção da prisão cautelar. Transitada em julgado, formalize-se a Execução Definitiva.

Alcides Malossi Junior
DESEMBARGADOR RELATOR