

Apelação Criminal nº 0821112-42.2023.8.19.0014

Apelante: Luiz Carlos Antonio Nascimento

Apelado: Ministério Público

Origem: Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos de Goytacazes

Relatora: Des. Simone de Araujo Rolim

EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO (ART. 155, § 1º, CP) E POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28, LEI Nº 11.343/06), EM CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO PUGNANDO PELA ABSOLVIÇÃO E, SUBSIDIARIAMENTE, PELA REFORMA DA DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Trata-se de apelação criminal interposta pela Defesa do apelante contra sentença que o condenou à pena de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento 27 (vinte e sete) dias multa, pela prática do crime do artigo 155, §1º, do Código Penal. E à pena em 05 meses de prestação de serviços em entidade conveniada ao juízo, pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Discute-se: (i) se há nos autos prova suficiente para a condenação do réu por ambos os crimes; (ii) se deve ser mantida a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP); (iii) a legalidade e proporcionalidade da fixação da pena-base acima do mínimo legal; (iv) a adequação da sanção de prestação de serviços à comunidade para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, em detrimento da medida de advertência.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Autoria e materialidade delitiva comprovadas pelo robusto conjunto probatório, notadamente pela confissão do réu em juízo, em plena harmonia com o

depoimento detalhado da vítima e com os autos de apreensão e entrega dos bens subtraídos.

4. Causa de aumento do art. 155, § 1º, do CP, devidamente configurada. Crime praticado durante a madrugada (entre 4h e 5h), em momento de vulnerabilidade e reduzida vigilância sobre o patrimônio, em conformidade com a tese fixada pelo STJ no Tema 1144. Manutenção que se impõe.

5. Dosimetria. Pena da primeira fase da dosimetria redimensionada. Afastamento da valoração negativa da personalidade e da conduta social com base em inquéritos e ações penais em curso, em estrita observância à Súmula 444 do STJ. Manutenção da exasperação, contudo, em razão da existência de condenação definitiva por fato anterior, ainda que com trânsito em julgado posterior ao crime em análise, circunstância que configura maus antecedentes.

6. Pena intermediária que, após a aplicação da atenuante da confissão espontânea, retorna ao mínimo legal, em respeito ao verbete da Súmula 231 do STJ.

7. Mantido o regime inicial aberto, ante o *quantum* de pena aplicado e a vedação à *reformatio in pejus*.

8. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por expressa ausência do requisito subjetivo previsto no art. 44, III, do CP, evidenciada pelos maus antecedentes do apelante e pelas circunstâncias concretas do delito. Igualmente incabível a concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*), nos termos do art. 77, II, do Código Penal.

8. Mantida a sanção de prestação de serviços à comunidade, pela prática do delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Medida que se revela proporcional e adequada ao caso concreto em detrimento da simples advertência, considerando o contexto fático (porte de drogas logo após a prática de furto) e os maus antecedentes do agente, a indicar a necessidade de resposta penal com maior densidade pedagógica.

III. DISPOSITIVO

9. Recurso conhecido e parcialmente provido.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação nº 0821112-42.2023.8.19.0014**, em que figura como apelante **Luiz Carlos Antonio Nascimento**, e apelado o **Ministério Público**, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **em conhecer e dar parcial provimento ao recurso defensivo**, nos termos do voto da Relatora.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargadora **Simone de Araujo Rolim**
Relatora



RELATÓRIO

O **Ministério Público** denunciou **Luiz Carlos Antonio Nascimento**, pela prática dos delitos previstos no artigo 155, §1º, do Código Penal e artigo 28 da Lei de Drogas, em concurso material de crimes, em razão dos fatos narrados na denúncia abaixo transcrita:

“No dia 22 de setembro de 2023, por volta das 5h50min, na Rua Farmacêutica Jorge Rocha, 132, Pq. Novo Mundo, Campos dos Goytacazes –RJ, o denunciado, consciente, voluntária e livremente, subtraiu, em proveito próprio, durante o repouso noturno, uma bicicleta Caloi City Tur, cor cinza, além de uma tesoura de cortar grama, uma faca, um martelo, um alicate, uma botina de obra, um bolo de fios de som, uma garupeira de alumínio e 100m de cabo PP grosso, pertencentes a Thiago Antônio Eufrasio de Matos.

Na mesma data, por volta das 10h25min, na Rua Primeiro de Maio, Centro, Campos dos Goytacazes –RJ, o denunciado trazia consigo, para consumo pessoal, sem autorização, 0,5g de cocaína(crack), acondicionado em 3 sacolés, e 0,4g de maconha, em 1 cigarro.

Na ocasião, a vítima estava em sua residência quando, por volta de 5h50min, escutou latidos do seu cachorro e barulhos vindos de um cômodo. Ato contínuo, Thiago olhou pela janela e saiu pela porta dos fundos, ocasião em que viu um vulto fugindo em direção ao mato que fica atrás do imóvel. Ao retornar ao cômodo, deu falta de alguns pertences: uma bicicleta Caloi City Tur, uma tesoura de cortar grama, uma faca, um martelo, um alicate, uma botina de obra, um bolo de fios de som, uma garupeira de alumínio e 100m de cabo PP grosso. O ofendido também observou que o criminoso

abandonou uma bolsa bege (contendo materiais recicláveis) e um casaco azul. Na sequência, Thiago informou o crime à polícia e saiu à procura do sujeito. Na comunidade, perguntou se alguém conhecia o dono da bolsa bege, sendo informado que esta seria de propriedade de “Luiz Carlos”, vulgo “cracudo”, sendo ele negro, magro e alto. Policiais militares, em atuação no “Segurança Presente”, foram informados acerca do crime e, na Rua Primeiro de Maio, próximo ao prédio São Januário, lograram encontrar o denunciado na posse de parte da res furtiva (bicicleta, tesoura de cortar grama, faca, martelo, alicate, botina de obra), além de três pedras de crack e uma bucha de maconha. Na Delegacia de Polícia, Thiago reconheceu os seus pertences. Ao ser questionado sobre a propriedade da bolsa bege, Luiz Carlos negou, mas, na sequência, pegou o casaco azul e o vestiu.

Assim agindo, encontra-se o denunciado incurso nas sanções do artigo 155, §1º, do Código Penal e 28 da Lei de Drogas, em concurso material de crimes.”

Decisão que recebeu a denúncia em 26/03/2024 (id 109197376).

São as principais peças técnicas: Auto de prisão em flagrante (id 78913651); Registro de ocorrência (id. 78913652); Termos de declaração (id. 78913654, 78913656, 78913657); Laudo de Exame Prévio de Entorpecentes (id 78913658); Folha de antecedentes criminais do acusado (id. 237414726); Laudo de exame de Entorpecente (id 78913660); Auto de Apreensão (id 78913661); Auto de entrega (id 78913664); Assentada da audiência de custódia, ocasião em que foi concedida a liberdade provisória ao acusado (id 78956273); Laudo de Exame de Avaliação - Merceologia

Indireta (id 246295354); Assentada da audiência de instrução e julgamento (id. 246418789); Sentença (id. 248433545).

Finda a instrução criminal, em 03/12/2025, o juízo *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o acusado à pena de **02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime inicial **aberto**, e ao pagamento de **27 (vinte e sete) dias multa, à razão unitária mínima**, pela prática da infração penal prevista **no artigo 155, §1º, do Código Penal, bem como condenar ao crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, fixando a pena de 05 meses de prestação de serviços em entidade conveniada ao juízo.** (id. 248433545)

Transcrevo o processo dosimétrico respectivo:

“(...) O réu ostenta maus antecedentes, além de responder a outros processos, conforme se verifica em sua FAC constante do index 78935122.

Assim, muito embora haja entendimento contrário, inclusive do E. STJ, entendo que o réu demonstra personalidade voltada para a prática de crimes, bem como conduta social negativa vez que faz dos delitos uma forma característica do seu atuar na sociedade. Ressalto que a valoração da personalidade do réu prescinde da apresentação de laudo técnico, conferindo-se ao juiz sua análise concreta, com base em seu modo de vida, especialmente quando tem sua vida pregressa recheada de procedimentos criminais. Neste sentido: AgRg no Resp 1628918/PE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 10/12/2020. Ressalto que seria

demasiadamente injusto, ao proferir condenação e quantificar a pena, aplicar a réus a mesma pena, quando um deles ostenta uma FAC limpa, ou seja, sem anotações na vida pregressa, enquanto outro demonstra envolvimento em outras práticas criminosas, o que também interfere no processo de individualização da pena. Note-se que as anotações constantes da FAC do réu juntadas as fls. e que denotam que o mesmo responde a outros processos, demonstra que o mesmo possui má conduta social, demonstrando ainda sua personalidade voltada para a prática de crimes. Nesse sentido o V. Acórdão proferido na Ap. Crim. 0030991-92.2012.8.19.0014, 4ª Câmara Criminal do TJRJ, Rel. Des. Francisco José de Asevedo, sendo o apelo interposto de sentença deste Magistrado nos autos do processo nº 0065012-31.2011.8.19.0014. Vale a pena transcrever o seguinte trecho pertinente: “O aumento da pena base aplicado pelo Magistrado sentenciante se mostrou acertado, pois, conforme se extrai da FAC de fls., o réu responde a outros processos por crimes diversos. Assim, é evidente que o réu possui má conduta social, conforme previsto no art. 59 do CP, o que demonstra a sua personalidade voltada para a prática de crimes”.
(...)

Atento a essas circunstâncias e as demais previstas no Código Penal, **fixo a pena base da seguinte forma:**

Para o crime previsto no art. 155, do CP, fixo a pena base em 02 anos de reclusão cumulada com 24 dias multa.

Diante da atenuante da confissão, reduzo a pena acima em 1/6, passando para 01 ano e 08 meses de reclusão cumulada com 20 dias multa.

Considerando a majorante prevista no § 1º, do art. 155, do CP, aumento a pena acima em 1/3, passando para 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão cumulada com 27 dias multa.

Torno a pena definitiva diante da inexistência de outras causas de alteração de pena previstas em lei penal.

Para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena em 05 meses de prestação de serviços em entidade conveniada com este juízo.

*O regime de cumprimento da pena será o **aberto**, conforme permissivo legal (art. 33, § 2º, “c” do CP).*

Considerando que o réu não preenche os requisitos elencados no artigo 44 do CP, deixo de substituir a pena reclusiva por restritiva de direitos.

Fixo a pena de multa no valor unitário mínimo legal diante das condições econômicas do réu (...)

O Ministério Público tomou ciência do teor da sentença e dela não apelou. (id. 248948547).

Irresignada, a Defesa Técnica interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença para absolver o apelante. Subsidiariamente, requer: (i) o afastamento da majorante do repouso noturno (art. 155, § 1º, do Código Penal); (ii) a fixação da pena-base no mínimo legal, afastando-se a valoração negativa dos antecedentes, da personalidade e da conduta social; (iii) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, com sua compensação integral com a agravante da reincidência, se mantida; (iv) a substituição da pena de prestação de serviços comunitários pela de advertência, referente ao crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas; (v) a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (Id 284816667).

O Ministério Público apresentou contrarrazões, pugnando pelo **provimento parcial do recurso**, tão somente para afastar a valoração negativa da personalidade e da conduta social do apelante na primeira fase da dosimetria, com a consequente readequação da reprimenda nesse ponto específico, contudo, mantendo-a acima do mínimo legal ante os maus antecedentes ostentados pelo apelante, e, no mais, mantendo-se a r. sentença condenatória em seus demais termos. (id. 287474836).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Christiane Barbosa Monnerat de Azevedo, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso defensivo (id. 08).

É o relatório.

V O T O

Conheço do recurso, vez que presentes os requisitos de admissibilidade.

Ausentes questões preliminares, **passo ao exame do mérito do recurso.**

A **materialidade** e a **autoria** restam comprovadas pelo auto de prisão em flagrante (id 78913651); registro de ocorrência (id. 78913652); termos de declarações (id. 78913654, 78913656 e 78913657); laudo de exame prévio de entorpecente (id 78913658); laudo de exame de entorpecente (id 78913660); auto de apreensão (id 78913661); auto de entrega (id 78913664); laudo de exame de avaliação merceologia indireta (id 246295354), bem como pela prova oral produzida em Juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Vejamos os depoimentos:

A vítima **Thiago Antônio Eufrazio de Matos**, em Juízo, declarou: *“Que, há um tempo atras, sentiu falta de algumas coisas em sua casa, primeiro uma frascueira de alumínio, que ficou procurando e até achou que havia*

emprestado; Que, em determinada noite, acordou de madrugada, abriu a janela pois os cachorros estavam latindo muito; Que brigou com os cachorros para ficarem quietos, fechou a janela e voltou a dormir; Que quando acordou, por volta de sete e pouco da manhã, viu a porta do outro quarto aberta; Que, ao entrar no quarto, a primeira coisa que chamou sua atenção foi a falta da bicicleta de pedal; Que trabalha como churrasqueiro particular e tinha vários saquinhos de sal grosso no local que estavam espalhados por todo o quarto; Que então verificou que alguém entrou em sua casa e começou a fazer contatos na vizinhança; Que fez contato com a Segurança Presente do Centro, que capturaram o acusado na posse da bicicleta e seus pertences; Que tem documentos da bicicleta; Que recebeu telefonema e foi até a delegacia do Centro e o acusado já estava lá detido; Que com o acusado foram apreendidos seus pertences, a bicicleta e materiais de trabalho de churrasqueiro e obras; Que ele levou de sua casa uma faca de cabo branco, um martelo, ferramentas de trabalho, uma bota de obra e sua bicicleta; Que o furto foi de madrugada, por volta de 4 ou 5 horas da manhã; Que voltou a dormir e quando acordou se deparou com a falta de seus pertences; Que mora sozinho e seus irmãos e familiares moram ao redor; Que quando acordou com os cachorros latindo era cinco ou quatro e pouco horas, estava amanhecendo; Que confirma que encontrou uma bolsa bege no local que não era sua; Que fez diligencia na comunidade para saber de quem era a bolsa; Que um rapaz

falou que achava que era de um rapaz alto e magrelo que ficava andando por lá; Que ele deu essas referências físicas mas não falou apelido ou nome; Que, inclusive, como disse, vinha sumindo coisas de sua casa; Que, após o sumiço de sua bicicleta, constatou que antes disso havia sumido uma chapa de alumínio, uma masseira; Que até então não tinha dado falta dessas coisas; Que na delegacia o acusado estava com os bens que levara de sua casa naquele dia e sua bota já estava nos pés dele.”

O **acusado Luiz Carlos Antonio Nascimento**, em seu interrogatório judicial, declarou: *“Que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros; Que confirma que praticou o fato na madrugada e levou os bens incluindo a bicicleta; Que foi preso pelos policiais com os bens furtados; Que calçava a bota que subtraiu lá; Que estava com a droga apreendida; Que ingressou na casa umas 5hs, no horário que a vítima falou.”*

É de se mencionar que os trechos acima não constituem transcrição literal dos depoimentos prestados em Juízo, mas sim apanhados colhidos a partir dos mesmos.

A prova produzida sob o contraditório confirma, de forma segura, a materialidade e a autoria delitivas. O acusado, em seu interrogatório judicial, confirmou

a veracidade dos fatos narrados na denúncia. Admitiu expressamente ter praticado o furto na madrugada, subtraído os bens da vítima, incluindo a bicicleta, e ter sido preso pelos policiais ainda na posse dos objetos. Da mesma forma, confessou que as substâncias entorpecentes apreendidas em seu poder se destinavam ao seu consumo pessoal.

Do crime de furto majorado (art. 155, § 1º, do Código Penal).

A vítima, em juízo, apresentou relato coeso e detalhado do furto, descrevendo como percebeu a invasão em sua residência durante a madrugada e a subsequente falta de seus pertences. Seu depoimento se alinha à confissão do réu, especialmente no que tange ao modo de execução e aos itens subtraídos, culminando no reconhecimento seguro dos bens recuperados em poder do acusado.

Acrescente-se que os fatos são ainda corroborados pelo auto de apreensão das *rés furtiva* (id 78913661) encontrada na posse do apelante, quais sejam: 01 bicicleta CALOI CITY TUR cor CINZA, numeração 01810015 de valor estimado em R\$ 1.600,00 e outros 05 materiais: 01 tesoura de cortar grama, 01 faca, 01 martelo, 01 alicate, 01 botina de obra. Todos os bens de propriedade da vítima, conforme auto de entrega (id 78913664).

Assim, não prospera o pedido absolutório, pois a prova judicializada é suficiente para demonstrar que o apelante subtraiu os bens descritos na denúncia.

Do repouso noturno

A Defesa requer o afastamento da majorante do repouso noturno, ao argumento de que o crime ocorreu quando o dia já amanhecia.

Contudo, a análise das provas demonstra o contrário. A vítima declarou em juízo que acordou com os latidos dos cães durante a madrugada, por volta das 4h ou 5h e, por ainda estar escuro, voltou a dormir, constatando o furto apenas por volta das 7h. O próprio acusado, em seu interrogatório, confirmou ter ingressado na residência de madrugada, no horário informado pela vítima.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento do REsp 1.979.989/RS (Tema 1144), estabelece que o repouso noturno se caracteriza pela condição de sossego e tranquilidade do período da noite, no momento de descanso do sono, que propicia menor vigilância e facilita a prática do crime, sendo irrelevante o fato de a vítima estar ou não dormindo:

“(…). 1. Nos termos do § 1º do art. 155 do Código Penal, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada de um terço. 1.1. No tocante ao horário de aplicação, este Superior Tribunal de Justiça já definiu que "este é variável, devendo obedecer aos costumes locais relativos à hora em que a população se recolhe e a em que desperta para a vida cotidiana". Sendo assim, não há um horário prefixado, devendo, portanto, atentar-se às características da vida cotidiana da localidade (REsp 1.659.208/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 31/3/2017). 1.2. Em um análise objetivo-jurídica do art. 155, § 1º, do CP, percebe-se que o legislador pretendeu sancionar de forma mais severa o furtador que se beneficia dessa condição de sossego/tranquilidade, presente no período da noite, para, em razão da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilitar-lhe a concretização do intento criminoso. (...)”.

(STJ - REsp: 1979989 RS 2022/0012449-9, Data de Julgamento: 22/06/2022, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: REPDJe 30/06/2022 DJe 27/06/2022)

No caso concreto, o horário indicado pela prova oral, situado entre 4h e 5h da manhã, e o fato de a vítima ter retornado ao sono por ainda não haver luminosidade plena demonstram que a residência permanecia em situação de repouso, com reduzida vigilância sobre o patrimônio. A conjugação da confissão do réu com o depoimento da vítima demonstra que a conduta criminosa se desenvolveu em

período de sossego e tranquilidade, facilitando a subtração dos bens.

Mantém-se, portanto, a incidência da majorante prevista no art. 155, §1º, do Código Penal.

Da dosimetria da pena do crime de furto.

A Defesa pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, contestando a valoração negativa dos antecedentes, da personalidade e da conduta social.

Assiste-lhe parcial razão.

O magistrado sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa, mediante a valoração negativa dos **antecedentes, da personalidade e da conduta social**, com fundamento na Folha de Antecedentes Criminais do réu e na existência de outros processos criminais.

No entanto, a utilização de inquéritos e ações penais em curso para exasperar a pena-base, inclusive a título de personalidade ou conduta social, viola a Súmula 444 do STJ. O juízo de primeiro grau fundamentou essas vetoriais em anotações que não configuram condenações transitadas em

julgado, razão pela qual deve ser afastada a valoração negativa da personalidade e da conduta social.

Ademais, conforme o **Tema Repetitivo 1.077 do STJ**, condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente:

“(…) 7.A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes (...)” (STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019). (STJ. REsp n. 1.794.854/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 23/6/2021, DJe de 1/7/2021. **Tema Repetitivo nº 1.077**)

Portanto, afasta-se a valoração negativa da personalidade e da conduta social.

Todavia, a Folha de Antecedentes Criminais do acusado (id. 237414726) aponta, na anotação nº 02, relativa ao Processo nº 0030882-63.2021.8.19.0014, uma condenação definitiva por fato anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu em 06/05/2024, após o crime em análise. A condenação anterior não configura reincidência, pois o trânsito em julgado ocorreu após o fato ora julgado. Todavia, por se referir a delito anterior (13/12/2021), pode ser valorada como mau antecedente.

Diante de uma única circunstância judicial desfavorável, a existência de maus antecedentes justifica, no caso concreto, a fixação da pena-base acima do mínimo legal. **Assim, aplico o percentual de 1/6 sobre a pena mínima, redimensionando-a para 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Na **segunda fase**, o juízo de primeiro grau reconheceu corretamente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), aplicando-se a redução de 1/6, razão pela qual deve a pena intermediária ser redimensionada para o mínimo legal, em observância à Súmula 231 do STJ.

Nesse ponto, a defesa requereu a aplicação da atenuante da confissão em seu grau máximo e sua

compensação com a agravante da reincidência. No entanto, o apelante não é reincidente, uma vez que a condenação anterior transitou em julgado após os fatos em apuração, não havendo que se falar em compensação. Ademais, a redução de 1/6, é a fração considerada padrão pela jurisprudência na ausência de elementos que justifiquem modulação diversa.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ***“o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado”*** (AgRg no REsp n. 2.069.190/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe 13/9/2023).

Na **terceira fase**, deve ser mantida a causa de aumento referente ao repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP), na fração de 1/3, pois devidamente comprovada conforme fundamentado no voto, restando a pena definitiva fixada **em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa**, à razão unitária mínima.

Do regime inicial e da substituição da pena

Embora reconhecida a existência de maus antecedentes, **mantenho o regime inicial aberto fixado na sentença**, considerando o *quantum* definitivo da pena e a vedação à *reformatio in pejus*, uma vez que o recurso foi interposto exclusivamente pela Defesa.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, embora preenchidos os requisitos objetivos do art. 44, I, do Código Penal, pena inferior a quatro anos e crime cometido sem violência ou grave ameaça, a substituição não se mostra suficiente no caso concreto. O apelante ostenta condenação definitiva por fato anterior, valorada como mau antecedente, e praticou o furto durante a madrugada, em residência, subtraindo diversos bens. Esses elementos, considerados em conjunto, evidenciam circunstâncias pessoais e concretas que desaconselham a substituição.

Portanto, com fundamento no art. 44, III, do Código Penal, nego a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantendo a sentença nesse ponto.

Do mesmo modo, embora a pena privativa de liberdade tenha sido redimensionada para patamar inferior a

2 (dois) anos, não se mostra cabível a concessão da suspensão condicional da pena. Nos termos do art. 77, II, do Código Penal, a medida exige que as circunstâncias judiciais autorizem a concessão do benefício, o que não se verifica na hipótese. As circunstâncias concretas já mencionadas, notadamente a presença de maus antecedentes e as particularidades da prática delitiva, evidenciam que a medida não se mostra adequada e suficiente à reprovação e prevenção do delito.

Do Crime de Posse de Drogas para Consumo Pessoal (Art. 28 da Lei nº 11.343/06).

Registre-se, inicialmente, que a sentença condenou o acusado pela prática do art. 28 da Lei nº 11.343/06, sem distinguir, quanto aos efeitos penais, as substâncias apreendidas.

No presente caso, foram apreendidos com o acusado 0,4g de maconha e 0,5g de crack, conforme Auto de Apreensão (id 78913662) e Laudo de Exame de Entorpecente (id 78913660).

A posse de 0,4g de maconha, não configura infração penal, à luz da **tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 635.659/SP (Tema 506 da repercussão geral)**, que afastou os efeitos penais do porte de cannabis

sativa para consumo pessoal, estabelecendo presunção relativa de uso próprio para quantidades de até 40g, ressalvada a existência de elementos objetivos indicativos de mercancia. Não há, no caso, imputação ou prova de destinação comercial da maconha.

A referida tese, contudo, não abrange a substância identificada no laudo como crack. Com efeito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já reconheceu que o Tema 506 se limitou à cannabis sativa, permanecendo aplicável o art. 28 da Lei nº 11.343/06 às demais substâncias, inclusive ao crack.

“(...) O STF reconheceu a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/06, mas limitada expressamente a tese ao afastamento dos efeitos penais da posse para consumo próprio da cannabis ativa até 40g. Caso dos autos - posse de cocaína em pó e pedra, não é a hipótese analisada e decidida pelo e. STF - posse de maconha para uso próprio. A conduta de porte ilegal de cocaína para uso próprio, não foi descriminalizada. Ainda que mantida a sua descarcerização, de modo a reduzir as possibilidades legais de imposição de pena de prisão ao usuário de entorpecentes. Não se pode ignorar os efeitos nocivos que a cocaína e, principalmente, o crack causam ao usuário e que extrapolam a sua vida privada, representando um sério problema de saúde pública e um incentivo ao tráfico ilegal e drogas, que tanto fomenta a violência e criminalidade.(...).

(TJ-RJ - APELAÇÃO: 00412586020208190203 202405020614, Relator: Des(a). KATYA MARIA DE

PAULA MENEZES MONNERAT, Data de Julgamento: 11/02/2025, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/02/2025)

Assim, afastam-se os efeitos penais da condenação exclusivamente quanto à maconha e mantém-se a responsabilização pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06 quanto aos 0,5g de crack, acondicionado em três porções.

A Defesa não se insurgiu contra a condenação em si, mas apenas contra a espécie de sanção aplicada, requerendo a substituição da prestação de serviços pela medida de advertência.

O art. 28 da Lei nº 11.343/06 prevê ambas as medidas, sendo a prestação de serviços limitada ao prazo máximo de 5 (cinco) meses.

Considerando a forma de acondicionamento da substância, o contexto da apreensão, ocorrida logo após a prática do furto, e os maus antecedentes do acusado, a prestação de serviços à comunidade mostra-se adequada e proporcional, não sendo suficiente, no caso concreto, a mera advertência.

Mantém-se, portanto, a prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 05 (cinco) meses, exclusivamente quanto à posse de crack.

Por fim, no que diz respeito aos dispositivos objeto de prequestionamento, restaram todos implicitamente tangenciados pela presente decisão, sendo desnecessária qualquer manifestação expressa deste colegiado a seu respeito, senão dos tribunais competentes para análise dos recursos constitucionais a serem eventualmente interpostos.

Ante o exposto, direciono meu voto no sentido de **conhecer e dar parcial provimento** ao recurso defensivo, para redimensionar a pena definitiva para **01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa**, no valor unitário mínimo, pela prática do crime do **art. 155, § 1º, do Código Penal. Mantenho a pena 05 (cinco) meses de prestação de serviços à comunidade**, pela prática do crime do **art. 28 da Lei nº 11.343/06**. E mantenho os demais termos da r. sentença condenatória.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargadora **Simone de Araujo Rolim**
Relatora