



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000000852

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000041-39.2017.8.26.0626, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante DAVI FELIPE SANTOS SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE E LAERTE MARRONE.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

ROBERTO SOLIMENE
relator
(assinatura Eletrônica)

Voto n. 61.657

Apelação Criminal n. 0000041-39.2017.8.26.0626
Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo - 2ª Câmara de D. Criminal
Comarca de Ubatuba – 1ª Vara do Foro de Ubatuba
Apelante: Davi Felipe Santos Silva
Apelado: Ministério Público do Est. de São Paulo

Ao relatório da r. sentença de fls. 265/270, acrescenta-se que a MM. Juíza da eg. 1ª Vara Criminal da Comarca de Ubatuba, condenou Davi Felipe Santos Silva como incurso no art. 155, § 4º, inc. IV, c.c. art. 14, inc. II, do CP, a cumprir as penas de 1 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 8 dias-multa, no mínimo legal. Registre-se, inicialmente, que apesar de não constar no dispositivo da r. Sentença qualquer referência ao art. 14, inc. II do CP, a causa de diminuição de pena da tentativa foi devidamente reconhecida e aplicada no r. julgado monocrático.

Inconformada, a d. Defesa recorre para pleitear a absolvição do apelante pelo reconhecimento do crime impossível, ou pela inimputabilidade do réu, usuário de entorpecentes. Subsidiariamente, requer a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e a concessão da gratuidade judicial (fls. 276/283).

Contrarrazoado o recurso, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 323/325).

É o resumo do necessário, **passo a votar**.

Consta da denúncia que no dia 28/1/2017, por volta da 1h36min, na Rua Nove de Julho, n. 184, Bairro Lázaro, na Comarca de Ubatuba, Davi Felipe Santos Silva, agindo mediante escalada e durante o repouso noturno, tentou subtrair para si 2 maços de cigarro, 3 aparelhos celulares e 1 relógio de pulso, bem como a quantia de R\$ 50,00, tudo avaliado em R\$ 5.935,00, pertencentes à vítima L. M. B. L., somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo o apurado, na data dos fatos o apenado, valendo-se da menor vigilância inerente ao período de repouso noturno, deliberou praticar um furto.

Assim, dirigiu-se ao imóvel da vítima e, mediante escalada de um muro de aproximadamente dois metros de altura, ingressou na residência, apoderando-se em seguida dos objetos supramencionados.

Eduardo, pai da vítima, no entanto, acordou com os gritos da filha. Ao verificar o que estava ocorrendo, foi surpreendido pelo réu no quintal. Ato contínuo, Eduardo abordou o sentenciado e conseguiu detê-lo até a chegada dos Policiais Militares.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 28/30), Auto de Exibição, Apreensão e Entrega (fls. 31/33), Auto de Avaliação (fl. 77), Laudo Pericial do local do crime (fls. 91/95), bem como pela prova oral colhida. A autoria também é certa.

A vítima, L. M. B., narrou que no momento do evento delitivo todos estavam dormindo em seus quartos. Havia muitas pessoas na casa, inclusive seus pais. O réu ingressou no imóvel e foi fazendo uma "limpa" em todos os cômodos. O sentenciado pegou relógios, *Iphone* e outros objetos pequenos. Antes de deixar o imóvel em poder dos vários objetos arrecadados, o apenado resolveu retornar a um cômodo para subtrair um outro *Iphone*, que estava carregando. A sua enteada viu o réu e começou a gritar, razão pela qual seu marido acordou assustado e conseguiu conter Davi Felipe, que estava prestes a pular o muro para se evadir da residência. Chamaram a Polícia Militar e visualizaram todos os objetos que o réu pretendia subtrair. Tratava-se de uma casa alugada, e Davi Felipe pulou o muro para ingressar no imóvel.

Ouvida em juízo, E. L., disse que, durante a madrugada, estavam em uma casa alugada para temporada, fechada com muros. O réu entrou e visitou os quartos, arrecadando objetos para furtar. Ao tentar subtrair bens do último quarto, sua filha gritou, avisando acerca da presença do réu. Conseguiu deter o sentenciado já pulando o muro para sair da casa em poder dos bens. Davi Felipe não devolveu os pertences voluntariamente, tanto que estava com um dos relógios no pulso.

Caio Henrique da Silva Souza, Policial Militar, ao ser ouvido judicialmente afirmou que foi acionado para atender a uma ocorrência de furto no local dos fatos. Chegando ao imóvel se deparou com a testemunha, com o detido e com os objetos da subtração.

Na Delegacia de Polícia, o réu informou que pretendia obter objetos para trocar por substâncias entorpecentes, motivo pelo qual decidiu ingressar no imóvel situado no local dos fatos. Para tanto, valeu-se de uma lixeira como ponto de apoio para pular o muro. Já dentro do quintal, conseguiu acessar facilmente a casa, pois as portas estavam abertas. Apoderou-se de três celulares, dois maços de cigarros, um relógio de pulso e a quantia de R\$ 50,00 em dinheiro. Quando já estava para sair do imóvel, acabou sendo detido por um dos moradores.

Inviável a absolvição do apenado pela sua alegada inimputabilidade. Com efeito, disciplina o art. 28, inc. II do CP, que a embriaguez, voluntária ou culposa, por álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal. O art. 28, parágrafo primeiro, prevê ser *“isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”*, destaque deste subscritor.

Por sua vez, o art. 45 da Lei 11.343/2006 disciplina que *“É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”*.

No caso dos autos, apesar de o apenado ter informado, durante a fase extrajudicial, que praticou a tentativa de furto para comprar estupefacientes, devido à sua adição, não afirmou, em qualquer momento, ter cometido o delito após o consumo de entorpecentes. Ademais, para que seja capaz de isentar de pena o autor do crime, conforme se extrai das normas legais supracitadas, exige-se que a embriaguez completa seja proveniente de caso fortuito ou força maior, o que não é corroborado por quaisquer elementos do processo.

Ao contrário, o réu, ao ser ouvido na Delegacia de Polícia, relatou a dinâmica do delito praticado e o fez com total clareza, **descrevendo de forma minuciosa as etapas da empreitada delitiva**. Narrou que ingressou no imóvel situado no local dos fatos, valendo-se de uma lixeira como ponto de apoio para pular o muro. Uma vez no quintal, conseguiu acessar facilmente a casa, pois as portas estavam abertas. Ato contínuo, apoderou-se de três celulares, dois maços de cigarros, um relógio de pulso e a quantia de R\$ 50,00 em dinheiro. Quando já estava para sair do imóvel, acabou sendo detido por um dos moradores.

A narrativa apresentada pelo sentenciado demonstra a sua completa higidez mental.

Não bastasse, a vítima e as testemunhas, ao serem ouvidas, também não descreveram qualquer comportamento por parte do apenado que indicasse o seu alegado estado de inimputabilidade. Assim sendo, a mera alegação de dependência química ou de cometimento do crime sob o efeito de entorpecentes, sem que tenha colacionado ao processo qualquer elemento indicativo de que o sentenciado se encontrasse, quando da prática delitiva, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, é incapaz de isentar o réu de pena.

Igualmente inviável o reconhecimento do crime impossível, pleiteado pela ilustre Defesa. Nos termos do art. 17 do CP, “*Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”. No caso em tela, evidentemente o meio empregado pelo apelante para a subtração dos bens não se mostrava absolutamente ineficaz, uma vez que só foi flagrado devido aos gritos da filha de E.L., que ao acordar visualizou o apelante no quintal, já prestes a pular o muro para deixar a residência em poder dos objetos selecionados.

Com relação à dosimetria penal, na primeira etapa a pena-base foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, 2/8 acima do mínimo legal, devido aos maus antecedentes do réu (fls. 240/244), bem como pelo repouso noturno, valorado como circunstância judicial negativa. Na segunda fase, a agravante da reincidência foi compensada com a atenuante da confissão espontânea.

Na terceira etapa, a reprimenda foi reduzida em 1/3 frente ao reconhecimento da tentativa, tendo em vista o expressivo *iter criminis* percorrido pelo apenado, resultando a sanção definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 8 dias-multa, no mínimo legal.

Tendo em vista o *quantum* de pena aplicado, bem como os maus antecedentes e a reincidência do réu, foi adequadamente estabelecido o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção estabelecida, o que não comporta modificação. Esse é o entendimento da eg. Corte Superior: “(...) *Quanto ao regime prisional, “a despeito do estabelecimento de sanção penal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o Paciente é reincidente e foram reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena foi devidamente fundamentado” (AgRg no HC n. 722.608/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.)*” (HC 816289 SP, rel. Min. Daniela Teixeira, DJe 29/10/2024).

Na mesma linha o AgRg no HC 894475 SP, rel. Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), DJe 21/6/2024 e o AgRg no AgRg no AREsp 2406086 MS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 23/5/2024.

Igualmente incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP. Trata-se de réu reincidente, conforme se pôde verifica através da certidão acostada a fls. 240/244. Não bastasse, houve o reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas em seu desfavor, o que demonstra não ser a medida socialmente recomendável.

Por fim, tendo sido o regime fixado com fundamento na reincidência e nas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado, irrelevante o seu tempo de custódia cautelar para fins de detração. É esse o entendimento da eg. Corte Superior: “(...) *É irrelevante a observância do tempo de prisão provisória (art.387, § 2º, do CPP) quando o regime é fixado em virtude da reincidência. Precedentes.*”. (AgRg no HC 880079 SP, rel. Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), DJe 21/6/2024). No mesmo sentido o AgRg no AgRg no AREsp 2585263 SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 24/5/2024 e o AgRg no HC 871969 SP, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 11/4/2024.

Por fim, a pretensão do apenado de concessão da gratuidade judiciária diz respeito a uma realidade temporal ainda não conferida neste feito, qual seja, aquela do momento da execução do julgado e, ali, então, será analisada eventual capacidade contributiva do vencido, conforme texto do art. 12 da Lei 1.060/50. Poderá, somente então, pedir formalmente o

tratamento dispensado pelo art. 98, § 3º do CPC/2015, aqui incidente por conta do art. 3º do CPP.

Com base no entendimento acima exposto, a questão da gratuidade processual deverá ser remetida ao Juízo das Execuções, entendimento, aliás, que é compartilhado pelo eg. STJ, conforme resultados do AgRg no AREsp 2030440 PR, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 8/8/2022; EDcl no AgRg no AREsp 2046692 MS, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 10/6/2022; AgRg no REsp 1788028 PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 20/11/2020; AgRg no AREsp 1550208 SC, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/12/2019 e AgRg no REsp 1857040 RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18/5/2020.

Ao réu foi concedido o benefício de recorrer em liberdade.
Após o trânsito em julgado, baixem os autos à origem, se o caso,
para oportuna execução.
Ante o exposto, nos termos deste voto, proponho o desprovimento
do recurso.

ROBERTO SOLIMENE
relator
(assinatura eletrônica)