



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000296574

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1539866-53.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALESSANDRO BENICIO DA CRUZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso, determinação nos termos do voto do E. Relator. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 27 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16205

Apelação Criminal nº 1539866-53.2021.8.26.0050

Comarca: 14ª Vara Criminal de São Paulo

Juiz de Direito: doutor Fernando Augusto Andrade Conceição

Apelante: Alessandro Benicio da Cruz

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Alessandro foi condenado a um ano e dois meses de reclusão em regime semiaberto, além de onze dias-multa, por subtrair diversos bens de um apartamento em São Paulo, avaliados em cerca de R\$ 7.200,00. Ele aproveitou-se de uma chave deixada sobre o capacho para entrar no imóvel e retirar os objetos, sendo posteriormente reconhecido e confessando o furto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) absolvição por insuficiência probatória; (ii) reconhecimento da forma tentada do delito; (iii) fixação de regime inicial aberto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por boletim de ocorrência, laudo pericial e depoimentos testemunhais, que confirmaram a subtração dos bens e a posse dos objetos pelo apelante. 4. A pena foi mantida considerando os maus antecedentes e a reincidência do apelante, além da gravidade concreta do crime.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A prova testemunhal e pericial confirmam a autoria do furto. 2. A reincidência e gravidade do crime justificam o regime semiaberto.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 155, "caput"; art. 339; art. 44, II e III; art. 59; art. 61, I; art. 77; art. 144, incisos IV e V; art. 387, § 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

Apelação nº 904776.3/2-0000-000, São Paulo, 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal, Rel. José Raul Gavião de Almeida, j. 29.6.2006.

Apelação nº 1.285.333/1, Santo André, 12ª Câmara, Rel. Antonio Mansur, j. 4.2.2002.

Apel. Crim. nº 1.173.247-7, São Paulo, Rel. Ricardo Dip, j. 31.1.2000.

Apel. Crim. 1.231.399/3, São Paulo, 11ª Câmara, Rel. Ricardo Dip, j. 20.11.2000.

TACRIM - SP - AC - Rel. Celso Limongi, JUTACRIM 94/341.

TACRIM Ap. 440.643-6, 8ª Câmara, Rel. Juiz Canguçu de Almeida, j. 23.07.86, JUTACRIM 91/407.

TACRIM Ap. nº 1.047.937/5, Rel. Juiz Carlos Biasotti.

TACRIM Ap. nº 1.071.263/0, Rel. Juiz Renato Nalini.

HC 393331/AL, STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.5.2017.

HC 385130/SC, STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.5.2017.

HC 338940/SC, STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.5.2017.

HC 352983/RJ, STJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 4.5.2017.

HC 392551/SP, STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017.

HC 392027/RJ, STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017.

REsp 1.931.145/SP, STJ, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22.6.2022.

RHC 64.970, STF.

HC nº 70.289-SP, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, RTJ, 148:490.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 231/232

O apelante, Alessandro, foi condenado à pena de um (1) anos e dois (2) meses de reclusão, *regime inicial semiaberto*, além do pagamento de onze (11) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no **art. 155, "caput"**,

do **Código Penal**, com possibilidade de apelar em liberdade, porque, no dia **2.12.2021**, por volta das **16h**, na Rua Solidônio Leite 1.558, São Lucas, nesta Capital, **Alessandro** subtraiu, para si, um notebook ACER, um notebook ASUS, um celular APPLE/iPhone 6, um videogame Sony/PS4, uma aliança, um aparelho de som portátil, uma gargantilha Vivara, roupas e tênis diversos, avaliados num total de cerca de R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais), pertencentes à vítima **G. M. O.**, conforme autos de exibição, apreensão e entrega de fls. 11/12 e 13/14 e laudo pericial de fls. 135/156. Na tarde dos fatos, o apelante encontrava-se no local, Edifício Porto Fino, em seu primeiro dia de trabalho na reforma deste prédio, e, aproveitando-se que as chaves do apartamento 134 (cobertura) estavam sobre o capacho da sua porta, adentrou-o e dele retirou os bens acima descritos, colocando-os em uma sacola branca e levando-os consigo. Contudo, ao descer pelas escadas do prédio, encontrou com a pessoa de **Ailton**, outro funcionário da obra, que se dirigia ao mercado localizado próximo ao condomínio, e acompanhou-o para fora do prédio, sendo tais imagens captadas pelas câmeras de segurança de referido edifício, conforme laudo pericial de degravação de fls. 135/156. Ocorre que o síndico **Evandro** viu o indiciado sair do prédio com um sacola branca e uma mochila vermelha (fls. 152), momento em que suspeitou de tal conduta e entrou em contato com o zelador do prédio, que foi atrás de ambos, e, na via pública, viu o recorrente na esquina, momento que este, ao vê-lo, evadiu-se, virando uma esquina e entrando num imóvel para se esconder. Contudo, **Jefferson**, vizinho da frente de tal imóvel, tentou segurar o agente pela mochila, tendo ele conseguido fugir (fls. 99). **José Carlos**, dono da empresa responsável por referida obra, ao saber do furto, ligou para o recorrente e o indagou sobre os fatos, tendo ele confirmado ter subtraído os bens da vítima, devolvendo-os (fls. 96). O recorrente confessou o furto (fls. 59), sendo reconhecido pela testemunha **Jefferson** (fls. 99).

Nas razões de apelação apresentadas pela ilustre Defesa, sustentou-se
a) absolvição por insuficiência probatória; **b)** reconhecimento da forma tentada

do delito e **c)** fixação de regime inicial aberto (fls. 249/252).

Contrarrrazões a fls. 256/258, para manutenção da respeitável sentença.

Não houve recurso do Ministério Público.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 271/286).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 236/237.

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pelo ilustre Magistradi, doutor Fernando Augusto Andrade Conceição, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 5/10, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 11/14, laudo pericial de fls. 135/156 e pela prova oral colhida durante a instrução, bens de valor econômico foram subtraídos.

Na fase investigativa, o apelante confessou parcialmente os fatos. Disse que foi indicado por um conhecido para trabalhar na obra no local dos fatos. Na ocasião, era seu primeiro dia de serviço. Chegou ao condomínio pela manhã e que trabalhou com mais dois funcionários, *Ailton* e *Paulo*. **Em dado momento fazia a limpeza do último andar, área comum do prédio, e Paulo viu uma chave em cima do tapete de um dos apartamentos, não se recorda o**

andar. **Paulo** pegou a chave, abriu a porta do apartamento e adentrou no local, sendo que o declarante acabou entrando junto. **Paulo** foi quem colocou os objetos em uma sacola de cor branca e mandou o declarante sair do local com sacola, o que foi feito. Estava sob efeito de bebida alcoólica, por isso acabou obedecendo **Paulo**. Ambos desceram as escadas e que na escada encontraram-se com *Ailton*. **Paulo** ficou no prédio enquanto o declarante e *Ailton* deixaram o condomínio. Tinha consigo uma mochila, porém havia somente pertences pessoais. **Paulo** contou a *Ailton* sobre o furto quando se encontraram na escada, tendo *Ailton* conhecimento da ação delitiva quando deixou o condomínio. Ao chegar em casa, devido ao seu estado de alterado pela ingestão de bebida alcoólica, foi dormir e posteriormente **devolveu os objetos subtraídos para Paulo a fim de serem devolvidos**. Não se evadiu quando viu o zelador na via pública, não o viu. **Nega ainda ter se escondido no quintal de casa nas proximidades e ter se evadido dali deixando pertences na sacola. Foi no "embalo" do colega de serviço que conheceu no dia dos fatos**. Já foi processado criminalmente. Frequenta a escola, apresentando declaração. Participa de grupo para recuperação de dependente químico devido a ingestão de bebida alcoólica, mas desde os fatos não ingeriu mais bebida alcoólica (fls. 59/60).

A confissão (ela é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade, no ensinamento de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 249) não é adjetivada de válida ou não pelo local em que proferida, mas sim em confrontação com as demais provas e pelo teor de seu conteúdo (observa esse aspecto JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 446-447, para ele, ainda, a confissão extrajudicial é classificada como prova indireta, isto é, um indício, pela falta de ampla defesa e contraditório). A confissão na fase

investigativa, se não desmentida por outros elementos de prova, apesar das opiniões em contrário, torna-se prova, suficiente para sustentar a convicção judicial, afinal, o ato foi colhido por Autoridade Policial, na presença de outros servidores públicos, tem presunção de legitimidade, embora, de início, não se tenham as partes atuando. No caso dos autos, especificando, pode ser aceita, porque em consonância com os elementos probatórios.

Ainda na fase investigativa, o recorrente foi reconhecido fotograficamente pela testemunha Jefferson, como sendo o indivíduo que se evadiu do local e deixou parte dos pertences da vítima no local, quando a mochila que carregava estourou (fls. 99).

Em juízo, recorrente, de início, **negou a acusação**. Narrou que foi fazer um bico em uma obra e **Ailton pediu para ele descer objetos em uma sacola, fez esse favor e não sabia do que se tratava**. Depois não conseguiu mais entrar em contato com Ailton. Não foi à Delegacia nesse dia. Já foi condenado por roubo e furto. Posteriormente, foi ouvido na delegacia, **lido o depoimento de fls. 59 concordou com aquela versão, mas disse que ajudou Ailton levar as sacolas, mas não sabia o seu conteúdo, acreditava que se tratava de ferramentas de Ailton**.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O interrogatório é tanto meio de prova como de defesa, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente

analisados pelo juiz, tratando-se assim de meio de defesa e de prova, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (Curso completo de processo penal. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

O recorrente apresentou versão escusatória, embora tenha admitido ter carregado a sacola contendo os objetos furtados, alegou não ter conhecimento, atribuindo a conduta delitiva ao colega de trabalho Ailton.

A vítima G. **confirmou o furto sofrido.** Reside no último andar do prédio, desceu para almoçar com sua mãe durante a pandemia. **Deixava a chave no tapete para seu marido.** Naquele dia em específico, ao descer para almoçar, deixou a chave para seu marido que já estava retornando. **Após 30 minutos o síndico avisou que alguém invadiu sua casa e pegou algo, retornou ao seu apartamento e a chave estava no mesmo local, mas tudo estava revirado. Sentiu falta de todos objetos descritos na denúncia.** O apelante tentou sair pela portaria com um saco pela entrada principal. Como estava estranho, resolveram segui-lo, momento em que largou a sacola e saiu correndo. **Os pertences foram identificados e devolvidos para ela. Apenas não recuperou a aliança,** que o valor foi reembolsado pela construtora posteriormente. Foi Jefferson quem viu o recorrente descendo com a sacola contendo os bens e tentou detê-lo.

A vítima não presenciou os fatos, mas confirmou a subtração dos objetos, bem como a posterior localização de seus bens.

A vítima não teria motivos para incriminar inocente. Caso fizesse isso, incidiria em outro crime, previsto no art. 339 do Código Penal (denunciação caluniosa). Por isso mesmo, doutrina e jurisprudência dão muita valia a suas palavras (*Apelação nº 904776.3/2-0000-000* – São Paulo – 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal – Relator: José Raul Gavião de Almeida

– 29.6.2006 – V. U. (Voto nº 5261); *Apelação nº 1.285.333/1*- Santo André – 12ª Câmara – Relator: Antonio Mansur – 4.2.2002 – V. U. (Voto nº 5.998; *Apel. Crim. nº 1.173.247-7*, São Paulo, 31.1º.2000, Rel. Ricardo Dip, Voto nº 7.192; *Apel. Crim. 1.231.399/3*, São Paulo, 11ª Câmara, 20.11.2000, Rel. Ricardo Dip., Voto nº 7.971; TACRIM - SP - AC - Rel. Celso Limongi - *JUTACRIM 94/341*; TACRIM – *Ap. 440.643-6* – 8ª Câmara – j. 23.07.86 – Rel. Juiz Canguçu de Almeida, v. u., JUTACRIM 91/407; TACRIM – *Ap. nº 1.047.937/5*, Rel. : Juiz Carlos Biasotti e TACRIM – *Ap. nº 1.071.263/0*, Rel. Juiz Renato Nalini).

Na lição de Tourinho Filho, *a vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que maneira teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa e, por isso mesmo, estará apta a prestar os necessários esclarecimentos à justiça (Processo Penal, 3º volume, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 259).*

A testemunha Evandro, síndico do condomínio, disse que saiu e **avistou Alessandro e outra pessoa, na eclusa pedindo liberação, portando um saco branco**. Pediu para o zelador verificar, pois eles não poderiam sair com matérias de obra pela saída principal. Ele foi interpela-lo sobre a necessidade de sair pela garagem. **O recorrente atravessou a rua, foram atrás dele, instante em que Alessandro fugiu. Os pertences da vítima foram encontrados em uma casa, deixados pelo apelante. Outra testemunha disse que o recorrente jogou a mochila dentro de uma casa. A testemunha tentou detê-lo e ele fugiu.**

O depoente Emerson disse que, no dia dos fatos trabalhava como zelador, desceu do térreo para o estacionamento e passou pelo recorrente e outro rapaz, eles estavam com um saco nas costas. Nesse momento, não desconfiou, porque estavam em obras, achou que era materiais da obra. Eles subiram e o síndico viu eles saindo com o saco. O síndico lhe procurou e lhe informou sobre

a situação. Saiu pela rampa do estacionamento e, ao olhar, viu o recorrente atrás de um carro com o saco. Pediu para ele parar, mas ele saiu correndo, desceu a rua ao lado. Uma senhora disse que o recorrente pulou dentro de uma casa. Avistou o apelante dentro de um quintal, ele escondeu o saco atrás de uma árvore. Um policial à paisana apareceu e o auxiliou. O recorrente conseguiu fugir escapando do policial. O saco ficou no local, com parte dos objetos subtraídos.

Jefferson narrou que, no dia dos fatos, estava na casa de sua mãe, que mora na rua ao lado de onde ocorreram os fatos, viu o recorrente descendo a rua com uma mochila nas costas e uma sacola. Ele jogou tudo dentro de uma casa e também pulou para dentro. Sendo que a casa era de um conhecido seu. Foi falar com ele e notou que estava apavorado. Ele tentou fugir, momento em que brigou com ele, mas ele conseguiu escapar. Um saco com objetos foi encontrado dentro da casa. A Polícia foi acionada, devolveu os objetos.

As testemunhas viram o apelante saindo do condomínio com a sacola, na qual estavam os bens subtraídos do apartamento da vítima. Jefferson tentou detê-lo, mas ele fugiu, deixando a sacola no local onde foi abordado. Não vê que queira incriminar inocente ou tenha alguma rixa com o sentenciado.

Ensinam A. Almeida Júnior e J. B. de O. e Costa Júnior que: “As testemunhas (disse BENTHAM) “são os olhos e os ouvidos da justiça humana”. Os mais antigos códigos da humanidade fazem referência a esse instrumento de prova; o processo moderno nele se apóia constantemente” (*Lições de medicina legal*. 21ª ed. São Paulo, Editora Nacional, 1996, p. 539).

Não se desconhece, de outro lado, a fragilidade da prova testemunhal (*Idem ibidem*, p. 539-540), entretanto, Paulo Lúcio Nogueira lembra: “(....) O

valor do testemunho tem sido muito discutido, devido às possibilidades de engano. Mas não se pode negar que se trata de prova indispensável no processo penal, pois os fatos delituosos e sua autoria são esclarecidos, em regra, pelas pessoas que têm conhecimento direto ou indireto a seu respeito” (Op. cit., p. 155).

Fernando da Costa Tourinho Filho, igualmente, salienta o questionamento da valia da prova testemunhal, todavia, preleciona: “A prova testemunhal, principalmente no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois, dificilmente, e só em hipótese excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Comumente, as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento” (*Processo penal*. 3º v. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 263). No parágrafo seguinte explica: “Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nela reside seu fundamento” (Ob. cit., p. 263).

O policial militar Bruno depôs ter sido acionado pelo COPOM para atender possível furto em apartamento. No local, teve contato com pessoas que explicaram o que aconteceu. **Havia uma obra no condomínio e um apartamento foi furtado. Parte dos bens subtraídos foram recuperados, estavam na rua ao lado.**

Não há motivos para rechaçar o depoimento. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisesse prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste mostras que queira mentir. Ele deseja, sim, mostrar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes patrimoniais.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da

segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que o integrante da Polícia Militar tenha desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Ressalta-se que as partes desistiram da oitiva das testemunhas Ailton, Paulo, José Carlos e Fabiana, policial militar, o que foi homologado pelo douto Magistrado (fls. 246/247).

No laudo pericial de degravação da mídia, consta imagens do recorrente saindo do condomínio carregando uma mochila e o saco plástico contendo os bens subtraídos (fls. 147/156).

Guiseppe Chiovenda: “Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto etc.). Aliás, pode-se escolher para perito ainda uma pessoa inculta, desde que versada na questão técnica discutida em Juízo (....). Quanto mais técnica é a questão submetida ao juiz, tanto maior é a utilidade da perícia” (*Instituições de direito processual civil*. V. III. Tradução da 2ª ed. por Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas:

Bookseller, 1998, p. 143).

Diante desse panorama, **não há dúvida quanto à responsabilidade criminal do apelante pelo furto** o que foi evidenciado pelas declarações da vítima, que confirmou terem sido retirado diversos bens de dentro de seu imóvel, bem como pelos depoimentos das testemunhas Emerson e Evandro, que visualizaram o recorrente saindo do condomínio na posse da sacola contendo os objetos furtados, outrossim, a testemunha Jefferson narrou que abordou o apelante, que havia pulado em uma residência, tentou detê-lo, mas ele fugiu, deixando parte dos bens subtraídos no local. Sua narrativa foi corroborada pelo depoimento do policial militar Bruno, o qual confirmou a localização de parte dos bens subtraídos da residência da vítima.

Os objetos subtraídos estavam na posse do apelante isso reforça ser o furtador (fls. 11/14).

Cafferata Nores salienta que a posse da *res furtiva* é indício tanto mais unívoco e relevante para a inferência da autoria dos crimes subtrativos quanto mais próximos, no tempo e no espaço, o fato indiciário e o fato indicado (*La prueba en el proceso penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184).

“Em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório” (BMJ 91/6 e RJD 18/66).

Logo, a condenação era de rigor.

A pena não sofre alteração.

Na **primeira fase**, a pena-base foi elevada em 1/6 considerando que o recorrente ostenta maus antecedentes (processo nº 1508338-20.2019.8.26.0228, fls. 222), tendo-se um (1) ano e dois (2) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa.

Na **segunda fase**, a agravante da reincidência (processo nº 1509682-36.2019.8.26.0228, fls. 222) foi compensada com a confissão externada pelo recorrente, com aplicação da Súmula 545 do Preclaro Superior Tribunal de Justiça, ficando as sanções inalteradas.

Pode haver compensação entre atenuante e agravantes, por exemplo, entre confissão espontânea e reincidência, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** - Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o art. 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência, *in verbis*: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "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" (*Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP*, paradigmas do Tema 585. Cf., REsp 1.931.145/SP - Terceira Seção - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na **terceira fase**, ausentes causas de aumento ou diminuição.

A pena acima é final, pois mais nada a altera.

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo, por falta de informações acerca da condição financeira do apelante.

O **regime inicial da pena corporal é o semiaberto.**

A fim de fixar o regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a-)** previsão legal impondo regime inicial; **b-)** quantidade da pena imposta; **c-** reincidência; **d-)** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; **e-)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f-)** a periculosidade à sociedade.

No caso, embora a pena aplicada seja inferior a quatro (4) anos, a gravidade é concreta, nada obstante o crime não envolva violência ou grave ameaça, mesmo porque, como se viu, **ele reiterava na prática de delitos patrimoniais** (fls. 221/223), ou seja, já tinha experiência com a realização de infrações penais, deveria emendar-se, assumir sua responsabilidade, não voltar a praticar novo delito. **Isso demonstra desajuste às regras de convivência, com diminuição do patrimônio de terceiros**, o que justificaria a fixação de regime ainda mais gravoso.

Denota o **recorrente audácia, periculosidade, ousadia e personalidade desvirtuada**, aspectos reforçados por ter invadido o apartamento da vítima, durante o seu período de trabalho, subtraído diversos bens, cujo valor é elevado (cerca de R\$ 7.200,00, cf. fls. 56), empreendendo fuga, em seguida.

Cabe invocar ensinamento do STF: *“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59.”* (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

Dessa forma, com a pena escolhida, em regime semiaberto, será suficiente para a prevenção, retribuição e ressocialização, fins da sanção penal. Não poderá alegar a falta de oportunidade para se emendar e arrepender-se.

No regime escolhido, o apelante fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, parágrafo 1º, do Código Penal). O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal).

Em regime inicial intermediário, ainda, poderá refletir sobre a erronia de sua conduta, ao mesmo tempo, é repreendido do ato que realizou, previne-se que não o faça mais e outros delitos, por fim, efetiva-se sua integração social.

No futuro, se voltar a praticar alguma infração penal, poder-se-á, sem qualquer equívoco, ser mais severo quanto à sua pena, pois já sabe das nefastas

consequências da prática de um ilícito penal.

Assim, gradativamente mostra-se a ele que deve respeitar princípios seculares e vigentes numa sociedade livre, justa e solidária, quais seja, viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não lesar outrem, imperativos em Roma.

Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescenta-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém.

Não se pode substituir a pena por restritivas de direitos ou conceder-se a suspensão condicional da pena, pois ausentes os seus pressupostos (artigo 44, II e III, e 77, ambos do Código Penal). Como visto, ele ostenta duas condenações anteriores e tornou a delinquir, a revelar que tais medidas não se mostram suficientes, *in casu*, como resposta penal, dada a sua insistência em se enveredar pela senda criminoso.

III - Dispositivo

Ante o exposto, vota-se pelo não provimento do recurso.

Recurso solto (fls. 235). Cumpra-se as Resoluções ns. 417/2021 e 474/2022 do ECNJ e Comunicado nº 628/2022 da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, este revogado pelo de nº 724/2023:

A Corregedoria Geral da Justiça COMUNICA aos Senhores

Magistrados, Dirigentes e Servidores das Unidades Judiciais da Primeira Instância do Estado de São Paulo que atuam na área criminal e execução criminal que, nos termos da Resolução CNJ nº 474/2022, para os casos de condenações ao cumprimento de pena privativa de liberdade nos regimes aberto e semiaberto deverão observar os procedimentos que seguem.

1) Para condenações ao cumprimento de pena corporal no regime aberto, mantém-se a sistemática atual (Comunicado CG 1356/2016);

2) Para condenações ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto sem substituição por restritiva de direitos e com trânsito em julgado a partir do dia 12 de setembro de 2022, deverá ser verificado se o réu está em liberdade ou preso;

3) Se o sentenciado estiver em liberdade, não será expedido mandado de prisão pelo juízo do conhecimento, procedendo-se à inserção do evento “Cód. 113 - Regime Semiaberto – Resol. CNJ 474/2022” no histórico de partes, com emissão e envio da guia de recolhimento ao juízo da execução competente, conforme tabela de competência constante no Comunicado CG 574/2022;

4) O juízo da execução, ao receber a guia de recolhimento, deverá verificar com a Secretaria da Administração Penitenciária se há vaga em estabelecimento penal adequado;

4.1 Se houver vaga no regime semiaberto, o juízo da execução deverá avaliar a intimação do sentenciado e a expedição do mandado de prisão; informado o cumprimento da ordem de prisão, a serventia deverá certificar, no prazo de setenta e duas (72) horas, se o sentenciado está recolhido em estabelecimento penal adequado, enviando imediatamente os autos à conclusão em caso negativo;

4.2 Caso não exista vaga no regime semiaberto, o juízo da execução poderá fixar prazo para que a Secretaria da Administração Penitenciária providencie ou analisar a substituição da privação de liberdade por forma alternativa de cumprimento, como a monitoração eletrônica e a prisão domiciliar;

5) Nas condenações ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto com réu preso ou trânsito em julgado antes do dia 12 de setembro de 2022 ficam mantidos os regramentos existentes quando da edição da Resolução CNJ nº 474/2022, com expedição de mandado de prisão ou ofício de recomendação pelo juízo do conhecimento;

6) No prazo de até cento e vinte (120) dias será avaliada a manutenção deste procedimento pela Corregedoria Geral da Justiça.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.