



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000301049

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1513262-74.2019.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCOS ROBERTO FERREIRA 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: **Deram parcial provimento à apelação, tão somente para afastar a reincidência do réu e, consequentemente, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a pena privativa de liberdade imposta por uma pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, a ser regulamentada pelo r. Juízo das Execuções Criminais. 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, 28 de março de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1513262-74.2019.8.26.0228

VOTO 30803

COMARCA: Capital

JUÍZO DE ORIGEM: 2ª Vara Criminal

APELANTE: Marcos Roberto Ferreira da Cruz

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO TENTADO. PROVIMENTO PARCIAL.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto por Marcos Roberto Ferreira da Cruz contra sentença que o condenou por tentativa de furto mediante fraude, utilizando artefato para subtrair valores de caixas eletrônicos. A defesa busca absolvição ou redução da pena, alegando crime impossível e insuficiência de provas.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em: (i) analisar se existe provas acerca da autoria do réu e se sua conduta é típica; (ii) analisar a incidência de atenuantes e agravantes na dosimetria da pena; (iii) determinar o regime inicial de cumprimento da pena.

III. Razões de Decidir 3. A materialidade e autoria delitiva foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo confissão extrajudicial do réu. 4. A tese de crime impossível não se sustenta, pois o meio utilizado era eficaz, não se consumando o crime por circunstâncias alheias à vontade do réu.

IV. Dispositivo e Tese 5. Dá-se parcial provimento ao recurso para afastar a reincidência e fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tese de julgamento:

A reincidência não pode ser considerada se a condenação anterior não transitou em julgado antes do novo crime.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é cabível quando presentes os requisitos legais.

Legislação Citada:

CP, art. 155, § 4º, II; art. 14, II; art. 33, § 2º, "c"; art. 44, § 2º.

Jurisprudência Citada:

STJ, Súmula 567; STJ, Súmula 440.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu MARCOS ROBERTO FERREIRA DA CRUZ contra a r. sentença de fls. 401/405 dos autos, cuja parte dispositiva segue:

“Do exposto, julgo procedente a ação penal, para condenar o réu Marcos Roberto Ferreira da Cruz, qualificado às fls. 245/247, como incurso no artigo 155, § 4º, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, às penas de oito meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e três dias multa, calculados em valor unitário mínimo legal.”.

Pugna a defesa pelo provimento do recurso, para absolver o réu ou, subsidiariamente, reduzir a pena ou fixar regime prisional mais brando. Alega a impossibilidade de se consumir o delito, em razão da completa ineficácia do meio empregado. Não seria possível o réu escapar do sistema de vigilância do banco. A autoria delitiva não restou suficientemente demonstrada. A qualificadora prevista no inciso II do parágrafo 4º do artigo 155 do CP deve ser afastada. Incide o parágrafo 2º do artigo 155 do CP por se tratar de réu primário. O trânsito em julgado da condenação anterior (processo n. 1511894-30.2019.8.26.0228) ocorreu em data posterior aos fatos objeto da presente ação penal. Incidem as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa. Cabível o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 424/431).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 463/466).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do recurso interposto, apenas para que seja afastada, sem alteração da pena, a reincidência do Apelante, mantendo-se, por outro lado, os demais termos da sentença condenatória (fls. 476/483).

É o relatório.

O apelo comporta parcial provimento, nos termos das razões a seguir expostas.

O réu foi condenado, nos termos do relatório supra, porque restou reconhecido na sentença que ele praticou os fatos que lhe são imputados na denúncia, assim descritos:

“Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 1º de junho de 2019, por volta da 16h20, do interior da agência do Banco Itaú S/A, situada na Avenida Campanella, n. 565, Itaquera, nesta comarca, MARCOS ROBERTO FERREIRA DA CRUZ (19 anos), qualificado à fl. 14, tentou subtrair para si, mediante fraude, valores, não se consumando por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo consta, fazendo-se passar por cliente daquela agência bancária, o indiciado nela ingressou em poder de um instrumento vulgarmente denominado “jacaré”, destinado a burlar a vigilância material e tecnológica criada pelas instituições financeiras para manter sob sua guarda valores depositados por clientes nos caixas eletrônicos de autoatendimento.

Esse instrumento, depois de introduzido nesses terminais com especial habilidade, tem aptidão de arrebatador (“pescar”) envelopes de depósito neles deixados.

Depois de instá-lo num desses caixas ali existente, deixou o local. Retornou cerca de duas horas depois, trajando vestimentas diversas, para pegar os pretensos envelopes, que, por acaso, não foram depositados durante esse período.

Sua ação foi notada pela equipe de monitoramento, que acionou a Polícia Militar, a qual logrou detê-lo do lado externo da agência bancária, na posse desse artefato. [...]” (fls. 243).

A materialidade delitiva e a autoria do réu restaram devidamente comprovada nos autos.

A materialidade delitiva restou comprovada pelos seguintes elementos: (i) auto de prisão em flagrante; (ii) auto de exibição e apreensão de fl. 11 referente à quantia de oitenta reais, uma mixa, bem como um *pendrive* com imagens de Marcos dentro da agência bancária; (iii) anexos fotográficos de fls. 32/37; (iv) esclarecimentos apresentados pela instituição bancária vítima às fls. 115/116; (v) bem como pela prova oral produzida em juízo, sob o crivo do contraditório judicial.

A autoria do réu está demonstrada pela prova oral produzida em juízo, sob o crivo do contraditório judicial, corroborada pelos elementos informativos.

Segundo apurado na fase policial: “o réu, fazendo-se passar por cliente daquela agência bancária, o indiciado nela ingressou em poder de um instrumento vulgarmente denominado “jacaré”, destinado a burlar a vigilância material e tecnológica criada pelas instituições financeiras para manter sob sua guarda valores depositados por clientes nos caixas eletrônicos de autoatendimento. Esse instrumento, depois de introduzido nesses terminais com especial habilidade, tem aptidão de arrebatador (“pescar”) envelopes de depósito neles deixados. Depois de instá-lo em um desses caixas ali existentes, deixou o local, retornando cerca de duas horas depois, trajando vestimentas diversas, para pegar os pretensos envelopes, que, por acaso, não foram depositados durante esse período. Sua ação foi notada pela equipe de monitoramento, que acionou a Polícia Militar, a qual o deteve

ao lado externo da agência bancária, na posse desse artefato e da quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais), tendo admitido a tentativa de subtração quanto interrogado”.

Ouvidos na delegacia, os policiais militares GUILHERME HENRIQUE BENTO DE MEIRELES e MARCOS GONÇALVES LEAL apresentaram as seguintes declarações: *“realizavam patrulhamento ostensivo pelas proximidades do local dos fatos, ocasião em que foram acionados via COPOM para averiguarem ocorrência versando sobre indivíduo que estaria retirando artefato fraudador antes instalado em um caixa eletrônico do Banco Itaú, localizado na Av. Campanela, n.º 565, neste momento foram informadas as características físicas e de vestimenta do indivíduo, mais precisamente homem magro de altura mediana, camiseta vermelha com número 11 nas costas e calça jeans, assim sendo, de posse das informações repassadas, os milicianos rapidamente diligenciaram ao local, instante em que avistaram um indivíduo com as exatas características, o qual estava na própria Av. Campanela, porém caminhava na calçada a aproximadamente duzentos metros à frente do estabelecimento bancário, dessa forma, foi anunciada a aproximação para a abordagem, todavia, assim que o indivíduo notou a viatura policial passou a empreender fuga correndo a pé, sendo portanto perseguido e efetivamente abordado já no interior no estacionamento do Shopping Itaquera, neste instante foi identificado como MARCOS ROBERTO FERREIRA DA CRUZ, ato seguinte foi submetido a busca pessoal, ocasião em que foi encontrado um artefato metálico em seu bolso da calça, bem como a quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais) em espécie. Diante do resultado da abordagem, passaram a indagar MARCOS sobre seu envolvimento em uma fraude no Banco Itaú da Av. Campanela, que inclusive havia imagens do crime, neste momento MARCOS confessou que havia realizado a fraude em dois caixas eletrônicos do banco, bem como alegou ter sido preso em flagrante há poucos dias pela mesma conduta, já em relação à procedência do dinheiro, MARCOS alegou que não era fruto da fraude, todavia não soube explicar a origem do dinheiro. Por fim, foi promovida a detenção do abordado com o uso de algemas em razão da tentativa de fuga, em seguida diligenciaram até a citada agência bancária, onde constataram não mais haver artefatos instalados nas entradas de envelopes dos terminais de autoatendimento, por derradeiro a ocorrência foi conduzida para esta Central de Polícia Judiciária, para que esta*

Autoridade Policial deliberasse acerca da situação flagrancial e demais atos pertinentes” (fls. 02/09).

Ouvido na delegacia, a testemunha MATEUS AUGUSTO RODRIGUES apresentou as seguintes declarações: *“Que trabalha na empresa Grupo RC4 exercendo as funções de analista de sistemas; Que a empresa presta serviço de monitoramento dos sistemas de câmeras da rede do Banco Itaú; Que um indivíduo foi identificado na parte da tarde, por volta de 16h20, instante em que acessou o estabelecimento e inseriu um artefato no terminal de autoatendimento visando assim impedir a entrada dos envelopes de depósitos, permitindo assim a sua posterior subtração; Que por volta de 18h30 o mesmo indivíduo retornou na agência utilizando outra vestimenta, nesse momento foi realizado contato com a polícia militar, sendo repassadas as informações e as características do indivíduos, o qual acabou sendo abordado pela polícia militar, que inclusive **localizou um artefato metálico em seu poder**, razão pela qual o declarante aqui compareceu para participar dos registros representando o banco vítima; Que o monitoramento não sabe precisar se o dinheiro localizado com o abordado foi de fato subtraído da agência vítima; Que as fotos do indivíduo e vídeo de sua atuação foram lançados em um pendrive e exibido nesta delegacia” (fls. 10).*

Interrogado na fase policial, o réu, após ser advertido acerca do direito constitucional ao silêncio, confessou a prática do crime. Apresentou as seguintes declarações: *“**na parte da tarde foi até a agência do Itau na Av. Campanela e colocou 'dois tramos' no caixa eletrônico, que algumas horas depois retornou e viu que não tinha conseguido interceptar nenhum envelope**, razão pela qual deixou a agência, após viu a aproximação da polícia e se assustou e saiu correndo, sendo abordado no interior do estacionamento do shopping Itaquera; Que os policiais encontraram “um trampo” e oitenta reais em seu bolso; Que o dinheiro não foi subtraído de nenhum banco e é fruto do seu trabalho como autônomo; Que foi preso há aproximadamente duas semanas atrás pela mesma prática, tendo na ocasião sido colocado em liberdade na audiência de custódia” (fls. 12).*

Ouvido em juízo, o policial militar GUILHERME HENRIQUE BENTO DE MEIRELES ratificou as informações constantes dos elementos

informativos. Disse que foi acionado para comparecer à agência bancária onde um indivíduo tentou instalar dispositivo num caixa, deslocando-se prontamente para o local e prendendo o suspeito, bem como apreendendo o aparelho por ele utilizado.

Em juízo, o réu manifestou o desejo de permanecer em silêncio.

Pois bem, conforme se pode observar, a autoria do réu é inequívoca.

Na fase policial, ele confessou a prática do crime, com riqueza de detalhes.

A confissão extrajudicial do réu foi ratificada em juízo, na forma exigida pelo artigo 197 do CPP, pelo depoimento prestado pela testemunha GUILHERME HENRIQUE BENTO DE MEIRELES, quem confirmou que prendeu o réu em flagrante, após ele praticar os fatos descritos na denúncia, sendo, com ele, encontrado um dos artefatos utilizados para a prática do crime.

O depoimento da referida testemunha policial, por sua vez, é corroborado pelas declarações apresentada pela testemunha MATEUS AUGUSTO RODRIGUES, representante da empresa que presta serviço de monitoramento dos sistemas de câmeras da rede do Banco Itaú, que ora figura como vítima (fls. 10), bem assim pelas imagens que registram o momento em que o réu pratica o delito, acostadas às fls. 32/37 dos autos.

A tese defensiva de crime impossível não comporta acolhimento.

No crime impossível, o meio utilizado ou o objeto material são absolutamente inidôneos e, por isso, não existe possibilidade nenhuma do crime se consumar.

No caso concreto, o meio utilizado pelo réu revelou-se perfeitamente eficaz, tanto assim que, em data anterior (16/05/2019), ele havia obtido sucesso em sua empreitada criminosa utilizando-se do mesmo *modus operandi*, sendo, todavia, abordado e preso em flagrante por policiais após deixar a agência bancária na posse de um envelope de depósito, com dinheiro, coletado pelo artefato que ele havia instalado em caixas eletrônicos da referida agência (vide boletim de ocorrência acostado às fls. 16/18).

Ademais, no caso concreto, o sistema de monitoramento da referida agência bancária não teria impedido a consumação do delito, pois o réu somente foi abordado pelos referidos policiais militares após deixar a agência bancária na posse

dos referidos artefatos, em situação de fuga.

Por tal motivo, consoante enunciado da súmula 567 do C. STJ: *"Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto"*.

Outrossim, segundo esclarecimentos apresentados pela instituição financeira vítima (fls. 115/116), o réu não logrou êxito em sua empreitada porque, durante o tempo em que os artefatos instalados por ele permaneceram nos caixas eletrônicos, nenhum cliente compareceu à agência para efetuar depósitos bancários.

Enfim, os elementos hauridos aos autos indicam que o meio utilizado pelo réu para a prática do furto era absolutamente eficaz, mas que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dele, qual seja, o não comparecimento de clientes para efetuarem depósitos bancários nos caixas eletrônicos onde tais artefatos foram instalados, no período em que perdurou a conduta do réu.

Razão pela qual incidiu a causa de diminuição de pena relativa à tentativa (CP, artigo 14, inciso II, e parágrafo único).

A qualificadora prevista no inciso II do § 4º do artigo 155 do CP restou evidenciada, afinal, as provas produzidas nos autos revelam que o réu agiu mediante fraude, passando-se por cliente do banco para a prática do delito.

A manutenção da condenação do réu, nos termos da sentença, é medida que se impõe.

Passa-se, então, à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal, qual seja 2 anos de reclusão, acrescida do pagamento de 10 dias-multa, logo, não comporta alteração em benefício do réu.

Na segunda fase, verifica-se que o D. Juízo de Origem valorou, a anotação de uma condenação criminal anterior do réu, nos autos do processo nº 1511894-30.2019.8.26.0228 (22ª Vara Criminal da Capital), como agravante da reincidência.

Tal agravante, todavia, deve ser afastada, pois, de fato, à época do crime objeto desta ação penal (1º de junho de 2019), referida condenação não havia transitado em julgado, o que somente veio a ocorrer em 29/10/2029 (vide certidão de

fls. 39 e extrato do processo nº 1511894-30.2019.8.26.0228).

Incidem as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa (réu com 19 anos à época do crime – fls. 02), sem, contudo, alteração de pena, já fixada no mínimo legal.

Com efeito, mantém-se, como pena intermediária, 2 anos de reclusão, acrescida do pagamento de 10 dias-multa.

Na terceira fase, em razão da incidência da causa de diminuição de pena relativa à tentativa, a pena foi reduzida no patamar máximo de 2/3, resultando na pena final de 8 anos de reclusão, acrescida do pagamento de 3 dias-multa.

Fixada a pena-base no mínimo legal e afastada a reincidência, fixa-se o regime aberto para o cumprimento inicial da pena, em atenção ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea “c”, do CP, bem assim em atenção ao enunciado da súmula 440 do C. STJ, a saber: *“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”*

Por fim, presentes os requisitos legais (CP, art. 44) substitui-se a pena privativa de liberdade imposta por uma pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, a ser regulamentada pelo r. Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** à apelação, tão somente para afastar a reincidência do réu e, conseqüentemente, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a pena privativa de liberdade imposta por uma pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, a ser regulamentada pelo r. Juízo das Execuções Criminais.

RENATO GENZANI FILHO

Relator