



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000312972

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1527137-38.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MATEUS PINTO CARDOSO, 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, com 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, 31 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16186

Apelação Criminal nº 1527137-38.2024.8.26.0228

Comarca: 21ª Vara Criminal de São Paulo

Juíza de Direito: doutora Camila Rodrigues Pinheiro Nunes

Apelante: Mateus Pinto Cardoso

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO MAJORADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Mateus foi condenado a um ano, seis meses e vinte dias de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de quatorze dias-multa, por subtrair uma máquina lavadora de alta pressão, avaliada em R\$ 3.500,00, mediante escalada, de uma concessionária de veículos. A ação foi percebida por um transeunte que acionou a Polícia Militar, resultando na prisão em flagrante do apelante.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) a alegação de insuficiência probatória para absolvição; (ii) a fixação da pena-base no mínimo legal; (iii) o afastamento da causa de aumento do repouso noturno; (iv) a fixação de regime inicial semiaberto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria delitiva foram comprovadas por auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência e confissão do apelante, corroboradas por depoimentos de testemunhas.

4. A confissão do apelante está em sintonia com as demais provas, confirmando a subtração do objeto durante o repouso noturno.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A confissão do réu, corroborada por outras provas, é suficiente para a condenação. 2. A causa de aumento do repouso noturno é aplicável mesmo em estabelecimento comercial.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, arts. 14, II, 33, 59, 61, 77, 155, § 1º; Código de Processo Penal, art. 188, 387.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23.05.2017; STJ, HC 385130/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18.05.2017; STJ, HC 338940/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.05.2017; STJ, HC 352983/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04.05.2017; STJ, HC 392551/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 02.05.2017; STJ, HC 392027/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 02.05.2017; STJ, REsp 1.931.145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22.06.2022; STJ, HC 501072/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 06.06.2019; STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1793735/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 28.05.2019; STJ, HC 456927/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12.03.2019; STJ, AgRg no AREsp 1248218/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 27.11.2018; STJ, AgRg no AREsp 1234013/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23.08.2018; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.03.2017; STJ, AgRg no AREsp 1358292/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 27.11.2018.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 132/133

O apelante, Mateus, foi condenado à pena de um (1) ano, seis (6) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de quatorze (14) dias-multa, no piso, como incurso no **art. 155, § 1º, do Código Penal**, porque, no dia 15.11.2024, por volta das 21h15, na Avenida Jurubatuba, 33, Vila Cordeiro, na cidade e comarca de São Paulo/SP, o agente supracitado subtraiu, para si, mediante escalada, um (1) máquina lavadora de alta pressão, da marca Karcher, avaliada em R\$ 3.500,00, pertencente à D&D Estética Automotiva Ltda (fls. 55/61), que estava na posse de Bexp Comércio de Veículo Ltda, representada por I. M. R. de A. Durante o horário noturno, aproveitando-se da aparente ausência de vigilância, Mateus decidiu furtar a

concessionária de veículos da Jeep situada no local. Assim, valendo-se de agilidade e de esforço incomum, ele pulou as grades do imóvel (fls. 19), logrando acessar o seu interior, de onde subtraiu a máquina de lavar acima identificada. Ocorre que a ação foi percebida por um transeunte que acionou a Polícia Militar e forneceu as características físicas e de vestimenta do acusado. Assim, diligenciando pelo local, a Polícia Militar localizou o recorrente na posse do objeto subtraído (auto de exibição a fls. 16/17 e entrega a fls. 54). Conduzido à presença da autoridade policial, Mateus confessou a prática delitiva (fls. 6).

Nas razões da apelação apresentada pela douta Defesa, sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência probatória; **b)** fixação da pena-base no mínimo legal; **c)** afastamento da causa de aumento do repouso noturno e **d)** fixação de regime inicial semiaberto (fls. 149/155).

Contrarrazões a fls. 159/163 com requerimento de manutenção da respeitável sentença.

O Ministério Público não recorreu da decisão (16.1.2025 - fls. 131).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 173/175).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 138/139.

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pela ilustre Magistrada, doutora Camila Rodrigues Pinheiro Nunes,

por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1/3, pelo boletim de ocorrência de fls. 8/10, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 16/17 e 54 e prova oral colhida durante a instrução, subtraiu-se bem com valor econômico.

A *autoria* também é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, o apelante admitiu a subtração dizendo que pulou as grades, viu a máquina e decidiu levá-la. Afirmou que levaria até o Paraisópolis, onde reside, venderia ou trocaria por drogas (fls. 6).

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.

Em juízo, o **apelante** confessou a **subtração**. Contou que estava passando pelo local, **parou no ponto de ônibus e viu que havia em uma parte alta do gramado, subiu no muro, pulou e subtraiu a máquina, após, ficou parado no ponto de ônibus. Viu a máquina do lado de fora, então pulou.** O cercado era bem baixo, foi até essa parte alta do gramado e pulou para dentro da concessionária. Não pulou o portão. Saiu do local por onde entrou. Não entrou pelo portão que aparece na fls. 19. Pulou em uma parte do lado da árvore, onde tem um gramado mais alto e a cerca fica pela metade. **Estava aguardando no ponto de ônibus, quando foi abordado pela Polícia.**

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).

A confissão está em sintonia com as demais provas.

W., representante da vítima, declarou que o local é uma concessionária e no horário não havia mais ninguém no local. Trabalha como funcionário terceirizado no local. **Foi levada a VAP da sua empresa, que valia cerca de R\$ 3.500,00. Ficou sabendo que o apelante estava pulando a**

grade, já tendo passado a VAP para o outro lado, quando apareceu uma viatura. A prisão foi no momento em que ele estava pulando a grade, segundo informação da Polícia Militar. **Não viu imagens do local.** O furto ocorreu **por volta das 20 e 21 horas**, mais ou menos.

O representante da vítima confirmou a subtração do objeto.

“Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância” (TACRIM - Ap. 440.643-6 - 8ª Câmara - j. 23.07.86 - Rel. Juiz Canguçu de Almeida, v. u., JUTACRIM 91/407). *“Não há desmerecer o valor da palavra da vítima: ao revés, sua condição de protagonista do evento delituoso é a que a credencia, sobre todos, a discorrer das circunstâncias dele. “Tão só em casos excepcionais, de manifesta contravenção da verdade sabida, será lícito opor restrições ao teor de suas palavras. No geral, a palavra da vítima é a primeira luz que afugenta as sombras sob que se pretende abrigar a impunidade”* (TACRIM - Ap. nº 1.047.937/5, Rel. : Juiz Carlos Biasotti).

A testemunha Igor, policial militar, depôs que foi irradiado pelo COPOM uma ocorrência de furto em andamento. **O local era uma concessionária da Jeep e foram passadas as características do indivíduo visto pelo solicitante na prática do furto.** No local, visualizaram o recorrente sentado próximo a um ponto de ônibus, fizeram a abordagem e perto dele tinha uma VAP, que é uma máquina para lavagem profissional, cujo valor é de cerca de R\$ 3.500,00. Durante a conversa com apelante, ele confessou que teria pulado a grade do local e pegado a VAP, com o objetivo de pegar o ônibus com o bem furtado para ir embora. Conduziram-no à

delegacia. O portão tem cerca de 2 metros, mais alto que a estatura do homem médio. **O recorrente foi visualizado já fora do local em um ponto de ônibus em frente.** O solicitante não prestou depoimento. **Tentaram contato com a concessionária, mas, como era durante o período noturno, não conseguiram.**

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

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 tenham 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 da testemunha Pascoal, policial militar, o que foi homologado pela douta Magistrada (fls. 127)

As provas são robustas para a condenação do recorrente.

A confissão do apelante foi corroborada pelas declarações do representante da vítima, bem como pelo depoimento do policial militar. **Ele foi surpreendido ainda no local, na posse do objeto furtado. Isso fortalece ter tentado praticar o furto** (fls. 16/17 e 52).

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).

A esse respeito, confira-se ainda o seguinte julgado: *“A apreensão, ainda que de parte das coisas surrupiadas em poder do acusado, gera contra ele presunção de certeza em relação a autoria.”* (RJDTACrimSP 27:180). No mesmo sentido, JUTACRIM: 66/410, 98/260; RJDTACRIM 1/103, 6/132, 6/133, 6/134, 6/140, 8/96.

Evidencia-se que o **furto se realizou no momento em que foi invertida a posse dos bem subtraídos, não sendo necessária a posse mansa e pacífica deste**. Houve o ânimo de apossamento definitivo, espelhado pelos termos para si ou para outrem.

É importante destacar que não há que se falar em furto na forma

tentada, nos termos do art. 14, II, do Código Penal. O apelante percorreu todo o “*inter criminis*”, o bem subtraído saiu da esfera de vigilância da vítima e passou para a posse do agente, mesmo que por curto espaço de tempo, incabível, portanto, a tentativa.

Nesse sentido: “Consuma-se o delito de furto quando a “*res furtiva*” sai da esfera de vigilância da vítima e passa para a posse do agente, depois de percorrido o “*inter criminis*”, não havendo que se falar em tentativa, pouco importando o fato de a “*res*” ter sido posteriormente recuperada” (RT 744/638).

“O crime de furto aperfeiçoa-se quando ocorre a inversão da posse da res pelo agente conferindo-lhe a tranqüila detenção da coisa, ainda que por curto espaço de tempo, longe da área de vigilância do espoliado”. (RJDTACRIM 28/323 e RT 714/444). *“O furto consuma-se quando há detenção física da coisa, mesmo por breves instantes, consoante jurisprudência atual, reavivando, para os efeitos penais, o conceito da posse civil”.* (JTAERGS 104/112).

Ressalta-se que a qualificadora imputada na denúncia, relativamente à escalada, foi afastada, pois, não há laudo pericial, além disso não configurou esforço que extrapole o ordinário, apto a ensejar a incidência da qualificadora.

Logo, a condenação por furto, nos termos lançados na respeitável sentença era mesmo de rigor.

A pena não comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, diante dos maus antecedentes que ostenta o apelante (processo nº 0014847-49.2021, fls. 97), tendo-se um (1) ano e dois (2) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa.

Na **segunda fase**, verificou-se ser o apelante é reincidente (processo nº 0001942-14.2023, fls. 96), por outro lado, confessou espontaneamente a prática do delito. Assim, a compensação integral dessas circunstâncias (reincidência e confissão espontânea) é possível, ficando a sanção inalterada.

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: "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).

E não há se falar em incidência de *bis in idem*, sob o argumento de que a mesma circunstância, ou seja, a vida pregressa do apelante, ensejou dois aumentos.

Isso porque as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal, não se confundem com as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66, do mesmo diploma legal. Ambas são de aplicação obrigatória, de modo que a sua incidência concomitante não configura eiva alguma, notadamente em se tratando de réu que registra mais de uma condenação definitiva.

Na hipótese dos autos, diante da pluralidade de condenações definitivas ostentadas pelo recorrente, é perfeitamente possível que sejam consideradas em fases distintas da dosimetria para justificar o respectivo aumento, não havendo se falar em ofensa ao enunciado da Súmula 241 do STJ. Aliás, o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que *"se o réu possuir mais de uma condenação transitada em julgado, não há bis in idem por algumas delas serem consideradas como maus antecedentes, a exasperar a pena-base acima do mínimo legal, e que as outras sejam utilizadas para se reconhecer a reincidência, agravando, assim, a reprimenda na segunda fase do cálculo da pena. É que, em tais casos, não se trata de valoração do mesmo fato em momentos distintos da fixação da pena, o que preserva a Súmula 241 do STJ"*. (Habeas Corpus 166.471/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Julg. 28.6.2011).

Na terceira fase, em razão da causa de aumento do repouso

noturno, aumentou-se a pena de 1/3, tendo-se um (1) ano, seis (6) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de quatorze (14) dias-multa.

Na hipótese, o crime praticado durante a noite, por volta das 21h15, e em estabelecimento comercial.

A jurisprudência do Excelso Superior Tribunal de Justiça entende que o repouso noturno incide em horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente, estando o patrimônio mais vulnerável. Isso ocorre também em ingresso em estabelecimento comercial e residência desabitada.

"III - Incide a majorante prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, quando o crime é cometido durante a madrugada, horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, o que ocorre inclusive para estabelecimentos comerciais. IV - A causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça" (**HC 501072/SC** – T5 – Quinta Turma – Rel Min. Félix Fischer - J. 6.6.2019 – DJe 11.6.2019). Não importa se realizado em via pública, busca-se penalizar o período de maior vulnerabilidade para residência, lojas e veículos – **AgRg nos EDcl no REsp 1793735/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. 28.5.2019 – DJe 4.6.2019; a causa de aumento é aplicável à forma qualificada do delito e não necessita se o local está habitado – **HC 456927/SC** – T6 – Sexta Turma – Relatora Minstra Laurita Vaz – J. 12.3.2019 – DJe 28.3.2019; o Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado no sentido da incidência da causa de aumento, repouso noturno, mesmo em estabelecimento comercial vazio – **AgRg no AREsp 1248218/PR** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 27.11.2018 – DJe 6.12.2018 e não é necessário, para

sua incidência, que as vítimas não estejam dormindo no momento do crime ou, ainda, que tenha ocorrido em estabelecimento comercial ou em via pública, dado que a lei não faz referência ao local do crime – *AgRg no AREsp 1234013/PR* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 23.8.2018 – DJe 3.9.2018, para exemplificar.

A pena é final, pois nada mais a modifica.

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

O regime é o inicial fechado.

Para fixação do 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.

O recorrente ostenta maus antecedentes e é reincidente, inclusive pela prática de delitos patrimoniais (fls. 96/99). Mostra que não houve ressocialização anterior e, tampouco, assimilação de algum arrependimento pelo cometimento de infrações penais. Reitera na sua prática e procura esquivar-se de sua responsabilidade. Evidência, pois, conduta social inapropriada.

Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: “(...) o art. 33, § 2º, do Código

Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto).” (RHC 134829/RJ – T2 - Segunda Turma - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: “***Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no art. 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta***” (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, mas preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

A periculosidade existe, porque ele adentrou no estabelecimento comercial vítima, que estava fechado, pulando a cerca, após, retirou maquinário com valor considerável do local (R\$ 3.500,00), o que geraria prejuízo elevado para o ofendido, caso não fosse recuperado. Evidenciando **ousadia e periculosidade**.

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma

legal (art. 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

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 critérios previstos no art. 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Dessa forma, retribui-se pela ação realizada; previne-se que não mais a cometa e outras infrações penais e ressocialize-se.

Não existiu ofensa às Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, mesmo porque a fixação do regime prisional decorreu das condições pessoais e circunstâncias do crime, e não de mera opinião do Magistrado.

Ressalte-se que a utilização da reincidência também para fixar o regime prisional e afastar benefícios não configura o vedado "bis in idem", por se tratar de instituto jurídico que gera efeitos diversos e expressamente previstos em lei.

Nesse sentido:

“4. A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Assim, inexiste bis in idem quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria da

pena, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.” (STJ – *AgRg no AREsp n. 2.027.101/SP* - T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 29.3.2022 – DJe 31.3.2022).

"IV - Não há bis in idem quando a reincidência é empregada como fundamento para a dosimetria da pena, a fixação do regime prisional e a análise da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, porquanto tais institutos são regidos por regramentos distintos. V- A reincidência é elemento apto a lastrear a fixação de regime mais gravoso, do mesmo modo que também pode operar como óbice à substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos." (STJ - *AgRg no AREsp 1358292/SP* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Félix Fischer - J. em 27.11.2018 - DJe em 3.12.2018).

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. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Não é possível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou a concessão de “sursis”, pois existe impedido legal (reincidência), arts. 44, “caput”, inc. II, e 77, “caput”, inc. I, do Código Penal. Ademais, as medidas não são adequadas nem suficientes para a reprovação penal, pois o

apelante, como se viu, é contumaz na prática de crimes contra o patrimônio.

Em caso contrário, ficaria com sentimento de impunidade em seu espírito, dificultando a apreensão da extensão da atitude ilícita. Caso isso fosse feito, ele não teria consciência da ilicitude que fez. Os benefícios são aplicados em situações que as penas restritivas de direitos ou a suspensão da execução da pena são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, que não é o caso.

III – Conclusão

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

Recurso preso (fls. 137). Por força do recente entendimento firmado, por maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de ser constitucional a regra inserta no Código de Processo Penal (art. 283), que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, **expeça-se mandado de prisão em seu desfavor, após o trânsito em julgado da condenação**

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.