



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000313052

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503569-81.2021.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante MARCIO ALEXANDRE FRACALOSSO, 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 ao recurso para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena para um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de treze (13) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, 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), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 31 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16252

Apelação Criminal nº 1503569-81.2021.8.26.0071

Comarca: 1ª Vara Criminal de Bauru

Juíza de Direito: doutora Érica Marcelina Cruz

Apelante: Márcio Alexandre Fracalossi

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO PELO REPOUSO NOTURNO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Márcio foi condenado a um ano, seis meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de quatorze dias-multa, por furto de uma bicicleta durante o repouso noturno, avaliada em R\$ 150,00, na cidade de Arealva/SP.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em avaliar a suficiência das provas para a condenação, a aplicação do princípio da insignificância e a adequação do regime inicial de cumprimento da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria delitiva foram comprovadas por boletim de ocorrência, auto de apreensão e depoimentos. A confissão do apelante na fase investigativa foi corroborada por outros elementos de prova.

4. O princípio da insignificância não se aplica devido à reincidência e à habitualidade delitiva do apelante, que demonstram elevado grau de reprovabilidade da conduta.

5. A compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea é cabível, conforme entendimento do STJ.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Recurso parcialmente provido para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena para um ano e quatro meses de reclusão e pagamento de treze dias-multa, mantendo-se os demais termos da sentença.

Tese de julgamento: 1. A confissão na fase investigativa, corroborada por outros elementos, é suficiente para a condenação. 2. A reincidência e a habitualidade delitiva afastam a aplicação do princípio da insignificância. 3. A compensação entre agravante e atenuante é possível, ajustando a pena.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 155, § 1º; art. 33, § 2º; art. 44, II e III; art. 59; art. 61, inciso I; art. 77.

Código de Processo Penal, art. 283, art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

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

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

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

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

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

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

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

STF, HC 115591/PE, 1ª T, Relª. Minª. Rosa Weber, j. 9.4.2013.

STF, HC 97.007/SP, 2ª T, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 31.3.2011.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 214/215

O apelante, **Márcio**, foi condenado à pena de um (1) ano, seis (6) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial semiaberto*, além do pagamento de quatorze (14) dias-multa, no piso, como incurso no **art. 155, § 1º, do Código Penal**, com possibilidade de recorrer em liberdade, porque, no dia **27.11.2020**, pela madrugada, na Rua Jorge Rufino, número 1-30, bairro Job Garoa, na cidade de Arealva, comarca de Bauru/SP, subtraiu para si, uma bicicleta Caloi, aro 26, cor vinho, avaliada em 150 reais, da vítima V. M.

Naquela madrugada, a vítima havia colocado sua bicicleta dentro de seu quintal. Ocorre que, ao sair para trabalhar na manhã seguinte, a bicicleta não estava mais lá. A casa é murada e o portão estava fechado. A polícia civil, em diligências, conseguiu apurar que o apelante, apelidado de “meu Rei”, já conhecido nos meios policiais, havia realizado o furto da bicicleta. O recorrente admitiu que furtou a bicicleta. Disse que é viciado em álcool e drogas (fls. 12).

Nas razões da apelação apresentada pela douta Defesa, sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência probatória; **b)** atipicidade material da conduta, pela insignificância do valor do bem; **c)** afastamento da causa de aumento do repouso noturno e **d)** fixação de regime inicial aberto (fls. 274/282).

Contrarrazões a fls. 292/298 com requerimento de manutenção da respeitável sentença.

Não houve recurso do Ministério Público.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 311/322).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 190.

II – Fundamentação

O apelo merece parcial provimento, respeitando o entendimento da dedicada e ilustre Magistrada, doutora Érica Marcelina Cruz.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pela portaria de fls. 5/6, boletim de ocorrência de fls. 7/10, auto de exibição, apreensão e entrega de fls.

11, auto de avaliação indireta de fls. 31 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, **por conta do vício em bebidas alcoólicas e substancias entorpecentes**, perde a noção do que seria certo e errado, quando necessita fazer uso dessas substâncias. **Realiza pequenos furtos, entrando em casas e propriedades rurais da cidade. Conhece os locais, pois já trabalhou fazendo reparos.** Entra nos imóveis e furta o que consegue carregar. **Em relação ao furto da bicicleta, pulou o muro e subtraiu o bem. Trocou-a com um indivíduo desconhecido, por droga** (fls. 12).

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 **negou a subtração**. Contou que **comprou a bicicleta, para trabalhar, de um indivíduo que conheceu na “praia de Arealva”**. Essa pessoa afirmou que **tinha adquirido o bem na cidade de Bauru e não tinha origem ilícita**. Ganhava R\$ 100,00, por dia. **A bicicleta estava danificada, motivo pelo qual deixou o bem em um terreno. Em seguida, soube que o bem era produto de furto**. Foi preso em um posto de combustível. Adquiriu a bicicleta em um sábado, mas não se recorda do dia. Recebia o pagamento no período vespertino. **Tem apelido de “Meu rei” ou “Nenê”**. Tem antecedentes criminais. Frequentava o posto de combustível e conhecia os frentistas. Em data diversa, em uma das “latas” colhidas, havia um aparelho celular. Os policiais dirigiram-se até o local de trabalho e prenderam-no em virtude desse aparelho celular. Tem 50 anos. **Conversou com o indivíduo que consertava bicicletas e ele lhe disse que 'faria o serviço'**. Essa pessoa **“armou” contra ele**. Ganhava alimentos de um estabelecimento comercial.

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 versão negativa está dissociada das demais provas.

A vítima V. declarou que, durante a noite, o portão do local dos fatos não estava fechado, pois a fechadura estava danificada. **Na parte da manhã, percebeu que sua bicicleta foi subtraída.** Não sabe se o autor dos fatos “pulou o muro” ou “abriu o portão”. Apenas a bicicleta foi subtraída. **Posteriormente, o bem foi restituído. Após os fatos, uma pessoa disse que avistara o item em um terreno baldio, que tinha sido deixado pelo indivíduo conhecido como "Meu rei", em seguida, deslocou-se até o local indicado, onde encontrou a bicicleta. Ato contínuo, foi até a Delegacia de Polícia. O apelante era conhecido nas imediações, pela prática de pequenos furtos.**

A vítima confirmou a subtração do objeto, que foi retirado de sua residência durante a noite.

“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 policial civil Paulo depôs que a vítima V. compareceu à Delegacia de Polícia, oportunidade em que declarou que, no dia dos fatos, notou a subtração de sua bicicleta. O ofendido informou que o portão do imóvel estava “encostado” e não “trancado”, motivo pelo qual não soube informar como o indivíduo acessou o local dos fatos. Na residência da vítima não havia câmeras de segurança. **Posteriormente, outros furtos foram praticados. Em uma das imagens capturadas em outros delitos, Márcio apareceu como sendo o autor dos fatos.** O recorrente era uma pessoa difícil de ser localizada por não possuir endereço fixo. **Após os fatos, o ofendido retornou à Delegacia de Polícia para informar sobre a localização de sua bicicleta.** O bem estava em terreno baldio. **A vítima contou que um indivíduo não identificado informou-o que o objeto subtraído estava em um terreno baldio e fora deixado pelo apelante Márcio.** Por meio de outras diligências, a equipe policial localizou o recorrente, o qual confessou o furto praticado. **Márcio admitiu a subtração do furto da bicicleta, disse que agiu assim para manter o vício em drogas. Ele também confessou a prática de outros cinco furtos. Depois de alguns dias, o recorrente foi preso em flagrante, pela prática de crime análogo.**

Não há motivos para rechaçar o depoimento. Ao contrário, destaque-se, desde já, o recorrente não demonstrou 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.

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 Civil 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.

As provas são robustas para a condenação do recorrente.

A confissão na fase administrativa, foi corroborada pelas declarações da vítima, bem como pelo depoimento do policial civil. Ele foi visualizado deixando a bicicleta furtada em um terreno baldio, o que foi comunicado à vítima, posteriormente, quando abordado, Márcio admitiu ter subtraído o bem.

Embora em juízo o recorrente tenha tentado fazer crer que adquiriu o objeto de um indivíduo desconhecido, sua narrativa ficou isolada nos autos, não trouxe qualquer comprovação nesse sentido. Além disso, ficou evidente que ele estava na posse da *res furtiva*, a qual foi recuperada pelo ofendido (fls. 11).

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.

Diante desse panorama, **não há se cogitar de absolvição por insuficiência de provas**. Sendo assim, **outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório**.

A conduta é típica, não se configurando o crime de bagatela.

O valor do bem subtraído (R\$ 150,00 – fls. 31). Apenas considerar o valor do bem não serve para adotar a tese defendida pela digna Defesa, a lesividade individual e pública é marcante, não se podendo desprezar o reflexo à insegurança pública.

Lembre-se que a aplicação do princípio da insignificância não se restringe na avaliação do valor do dano decorrente do crime, devem ser ponderados outros aspectos relevantes da conduta imputada (STF - *HC 115591/PE* - 1ª T. STF - Relª. Minª. Rosa Weber J. 9.4.2013).

Com efeito, o uso do princípio da insignificância deve ser contextualizado. Hoje em dia, **o clima de insegurança e suspeita não permite**

que um estabelecimento comercial - seja de pequeno, médio ou grande porte - fique sujeito a "pequenos furtos". Além de causar prejuízo à vítima lesada, compromete a segurança dos cidadãos. Eles também ficam na espera de, a qualquer momento, serem vitimados nesses estabelecimentos.

Para tanto, ou seja, tornar a ação atípica, e, consequentemente, proferir decisão de absolvição, de forma concomitante, certos requisitos devem existir: I) **conduta minimamente ofensiva**; II) **ausência de periculosidade social**; III) **reduzido grau de reprovabilidade do comportamento** e IV) **lesão jurídica inexpressiva** (*HC 114241/RS* - Rio Grande do Sul - 2ª T. STF - Rel. **Min. Ricardo Lewandowski** - J. 26.2.2013; *HC 91920/RS* - Rio Grande do Sul - 2ª T. STF - Rel. **Min. Joaquim Barbosa** - J. 9.2.2010; *HC 97012/RS* - Rio Grande do Sul - 2ª T. STF - Rel. **Min. Joaquim Barbosa** - J. 9.2.2010 e *AI 559904 QO/RS* - Rio Grande do Sul - 1ª T. STF - Rel. **Min. Sepúlveda Pertence** - J. 7.6.2005).

Nas palavras do **Min. Marco Aurélio**, no estudo do princípio e do caso concreto, sobressai-se o **interesse da sociedade em inibir práticas criminosas** e, com predomínio deste último, não se pode proferir o decreto absolutório (*HC 98944/MG* - Minas Gerais - 1ª T. STF - J. 4.5.2010).

No caso, a conduta não foi minimamente ofensiva, ao contrário, ela está se alastrando pelo Estado de São Paulo. Há na ação do apelante periculosidade social, **ele é reincidente** (fls. 178/186), além disso era conhecido no meio policial pela prática de diversos furtos na cidade, conforme depoimento policial. A lesão é expressiva, pela ideia que pode incutir em quem a vê e não tem a resposta adequada, condenação com a medida certa. Dentro desse contexto, a reprovabilidade da conduta é grande, porquanto existem milhões que estão desempregados ou passando por privações financeiras e não realizam tal conduta.

Demais disso, *"Reconhecidas a reincidência e a habitualidade da prática delituosa, a reprovabilidade do comportamento do agente é significativamente agravada, sendo suficiente para inviabilizar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes. Ordem denegada"*. (STF - HC 97.007/SP - 2.^a T. - Rel. Min. Joaquim Barbosa - P. 31,3,2011) Grifei. Assim, não há possibilidade de absolvição pelo princípio da insignificância.

A propósito:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. REITERAÇÃO DELITIVA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que não há que se falar em atipicidade material da conduta pela incidência do princípio da insignificância quando não estiverem presentes todos os vetores para sua caracterização, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e; (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. II - É assente o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a reincidência e os maus antecedentes, via de regra, afastam a incidência do princípio da bagatela. III - Na espécie, trata-se de situação que não atrai a incidência excepcional do princípio da insignificância, uma vez que, apesar do valor da res furtiva não superar o percentual de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos - **12 (doze) frascos de desodorante no valor total de R\$ 127,00 (cento e vinte e sete reais)**, o recorrente é reincidente específico na prática de crime doloso contra o patrimônio, além disso ostenta outras anotações recentes, conforme consta na sentença e nas Certidões de

Antecedentes Criminais acostadas aos autos, o que afasta o reduzido grau de reprovabilidade da conduta, não sendo possível do princípio da bagatela, demonstrando a reprovabilidade da conduta. Agravo regimental desprovido." (*STJ - AgRg no REsp n. 1.970.812/SP* - relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft) - Quinta Turma - J. 15.2.2022 - DJe de 23.2.2022). Destacou-se.

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

A pena comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada no mínimo legal, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas, tendo-se um (1) ano de reclusão e pagamento de onze (10) dias-multa.

Na **segunda fase**, a agravante da reincidência (processo nº 0026130-47.2019.8.26.0071, fls. 183), pode ser compensada com a confissão espontânea, feita no distrito policial, com aplicação da Súmula 545 do Preclaro Superior Tribunal de Justiça, 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).

Na **terceira fase**, em razão da causa de aumento do **repouso noturno**, aumentou-se a pena de 1/3, tendo-se **um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de treze (13) dias-multa**.

Na hipótese, **o crime praticado durante a madrugada**, conforme declarações da vítima, tanto no distrito policial (fls. 30), quanto em juízo, e Boletim de ocorrência de fls. 7/8.

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 Ministra 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 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, 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** (fls. 183), além disso, era conhecido no meio policial pela prática de diversos furtos na cidade, conforme o insuspeito depoimento policial, 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, ousadia e personalidade desvirtuada**, aspectos reforçados por ter adentrado no imóvel da vítima, durante a madrugada, subtraído o bem, empreendendo fuga.

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).

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; acrescente-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 é reincidente 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 criminosa.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena para um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de treze (13) dias-multa, mantendo-se os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso solto (fls. 226). 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.