



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000322006

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500625-03.2020.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANDRE SOUZA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso do réu André Silva Santos para reconhecer a circunstância atenuante da confissão, reduzir a pena a quatro anos de reclusão, em regime prisional aberto, mantida, no mais, a sentença, inclusive no tocante à substituição da sanção por tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de três anos, em razão do reconhecimento da semi-imputabilidade do acusado. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente sem voto), FLAVIO FENOGLIO E ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500625-03.2020.8.26.0052.

Comarca de São Paulo.

Apelante: André Souza Santos.

Apelado: Ministério Público.

Voto nº 49.624.

EMENTA: Direito Penal. Apelação. Lesão Corporal Seguida de Morte. Alegação de Legítima Defesa. Reconhecimento da Atenuante da Confissão. Semi-imputabilidade. Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Tratamento Ambulatorial. Mitigação da Pena. Parcial provimento. I. **Caso em Exame** 1. O réu foi condenado por crime de lesão corporal seguida de morte contra seu irmão, com pena substituída por tratamento ambulatorial em razão da semi-imputabilidade reconhecida por perícia. II. **Questão em Discussão** 2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a possibilidade de absolvição por legítima defesa e (ii) avaliar a possibilidade de redução da pena, com base no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal. III. **Razões de Decidir** 3. Não houve prova cabal da excludente de ilicitude da legítima defesa, o que impede seu reconhecimento. 4. Ainda que parcial, a atenuante da confissão deve ser reconhecida. 5. Reconhecida a semi-imputabilidade do réu e substituída a pena carcerária por tratamento ambulatorial, não cabe a mitigação da pena com fundamento no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal. IV. **Dispositivo e Tese** 5. Recurso parcialmente provido para reconhecer a atenuante da confissão e reajustar a pena para quatro anos de reclusão, pela compensação dessa circunstância com a agravante reconhecida na sentença, bem como para fixar o regime aberto de prisão. **Tese de julgamento:** 1. A legítima defesa exige, para seu reconhecimento, prova cabal e indiscutível. 2. A confissão, ainda que parcial, deve ser reconhecida em favor do réu. 3. Reconhecida a semi-imputabilidade do réu, cabe ao juiz decidir, de forma fundamentada, pela redução da pena ou pela substituição dela por tratamento ambulatorial ou internação. **Legislação Citada:** Código Penal, arts. 26, parágrafo único; 61, II, “e”; 98; 129, § 3º. **Jurisprudência Citada:** STF, HC nº 82.337-RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, j. 25.02.2003. STJ, HC nº 298.252, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 19.04.2016. STJ, HC nº 894.721, Rel. Min. Daniela Teixeira, 5ª Turma, j. 10.12.2024.

1. Perante o Juízo de Direito da 3ª Vara do Júri do Foro Central Criminal desta Comarca de São Paulo, o réu André Souza Santos foi denunciado como incurso nos artigos 121, § 2º, III, c.c. 61, II, “e”, ambos do Código Penal, porque no dia 02 de maio de 2020, por volta de 21h43min, na Rua Maria Fortuna dos Santos, nº 9, bairro Grajaú, nesta cidade, com emprego de

meio cruel (asfixia), matou seu irmão Henrique Souza Santos.

Finda a instrução, entendendo ausente o “*animus necandi*”, o Ministério Público postulou, em alegações finais orais, a desclassificação da imputação para crime não doloso contra a vida, tendo a defesa pleiteado a absolvição sumária, por atuação em legítima defesa ou a desclassificação do delito, nos termos da manifestação ministerial e a ilustre juíza de primeiro grau decidiu pela “*desclassificação para outro crime, não doloso contra a vida*” e determinou a redistribuição dos autos ao juízo competente, nos termos do artigo 419 do Código de Processo Penal (fls. 262/277 e registro digital).

Recebidos inicialmente os autos pela 1ª Vara Criminal do Foro Regional II – Santo Amaro e redistribuídos para a 3ª Vara Central Criminal desta Comarca de São Paulo, o Ministério Público apresentou aditamento à denúncia, dando o réu como incurso no artigo 129, § 3º, c.c. 61, II, “d” e “e”, ambos do Código Penal, porque teria, valendo-se de meio cruel, ofendido a integridade corporal de seu irmão Henrique Souza Santos, aplicando nele um golpe “*mata-leão*” que causou o resultado morte por ele não desejado e cujo risco de produzi-lo ele não assumiu (fls. 306, 321, 326 e 336/337).

Determinada a manifestação do Ministério Público e da defesa, não houve interesse em produção de novas provas, as alegações finais foram apresentadas e sobreveio a sentença que condenou o réu como incurso no artigo 129, § 3º, do Código Penal, a quatro anos e oito meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, substituída a sanção por tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de três anos, em razão do reconhecimento da semi-imputabilidade do acusado.

Inconformado, o réu recorreu em busca da absolvição, por ter agido em legítima defesa própria e de terceiro, alternativamente pretendendo a exclusão das agravantes reconhecidas e a mitigação da pena em razão da semi-imputabilidade, nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, bem como a isenção do pagamento das custas processuais.

Regularmente processado o recurso, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo, para ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal.

É a síntese do necessário.

2. A materialidade do delito está provada pelo laudo de exame necroscópico, que apontou ter sido a morte da vítima decorrente de “*asfixia mecânica em região cervical*” (fls. 9/11 e 229/231).

A autoria e o nexo causal entre a conduta do réu e o óbito da vítima são igualmente indubitáveis, pois a prova oral deixou certo ter ele dolosamente desferido um golpe conhecido como “*mata-leão*” contra vítima, que resultou na asfixia mecânica que provocou sua morte, embora não visasse ele tal desfecho fatal.

Aliás, o réu não nega a autoria dos fatos e com o recurso busca a absolvição pelo reconhecimento da excludente de ilicitude prevista no artigo 25 do Código Penal, por ter agido em legítima defesa.

Interrogado em Juízo, o réu afirmou que “se lembra de poucas coisas sobre os fatos. Trabalhava com os pais na empresa da família, mas atualmente não está trabalhando. Mora com os pais, que mantêm as despesas da casa. Nunca teve problemas com a Justiça. Conseguiu se afastar das drogas e das bebidas. Relatou que, no dia dos fatos, discutiu com seu irmão, sem motivos. O irmão estava há alguns dias sem comer. O depoente, seu irmão e sua mãe discutiram. O acusado e a vítima brigaram e sua mãe, inicialmente, participou da discussão, tentando conversar com os dois para que parassem. Depois, a mãe saiu da conversa e o acusado e Henrique continuaram a brigar, entrando em luta corporal. Caíram sobre o armário e, de repente, Henrique caiu ao chão e começou a ficar roxo. Sua mãe não estava por perto neste momento. Henrique não tentou agredir sua mãe. Foi à delegacia depois de um tempo, mas não no dia dos fatos. Talvez tenha mesmo dado um mata-leão em Henrique para se defender, por medo de se machucar, porque tem a bacia quebrada e três pinos na perna, por um acidente de motocicleta. No dia dos fatos, o acusado e Henrique se agrediram mutuamente, mas não se lembra de Henrique ter agredido sua mãe. Nessa época não usava drogas, apenas bebida alcoólica. Henrique usava drogas. Não estava fazendo tratamento à época. Depois do ocorrido, chegou a fazer tratamento por umas 3 ou 4 vezes. Henrique e o acusado discutiam, mas essa foi a única vez que houve agressões físicas.” (fl. 274).

Em Juízo, Eleny de Souza Leite, mãe do réu e da vítima, “declarou que estava na casa no dia dos fatos e que os irmãos conviviam bem e não brigavam. Não houve briga ou discussão naquele dia. Henrique estava muito drogado e partiu para cima da depoente, sem qualquer briga ou discussão, e André apenas o segurou. Confirmou ter conversado com a Guarda Municipal Ângela, porém negou que André a tenha empurrado, provocando a ira de Henrique. Após André segurar Henrique, Henrique caiu. Henrique era muito forte, porque fazia muita ginástica, então não conseguiram segurar Henrique

enquanto ele caía. Henrique tinha muitos problemas com drogas, era viciado. Henrique estava usando lança-perfume há uns três dias. Foi a primeira vez que Henrique tentou agredi-la. Henrique estava muito drogado no momento dos fatos. André tem depressão há muito tempo e não consegue ter contato com as pessoas. Depois disso, piorou e praticamente "ficou parado no tempo", não conversa, não tem amizade, não se relaciona com ninguém e só fica dentro do quarto. André fez tratamento por um tempo, mas para ele é muito difícil, porque se lembra do que aconteceu em cada minuto da vida dele. Por isso André não consegue encarar as pessoas, pois acha que todos estão o julgando. Não sai mais de casa. Seus filhos nunca brigaram entre si. André não era de briga, nenhum dos dois era de briga. A família era muito unida e por isso não entende o que aconteceu. Henrique começou a usar drogas em 2017. Henrique era mais forte que André, a diferença de altura entre os dois era de uns 3 ou 4 cm. Henrique foi internado por uso de entorpecentes por cinco vezes. Passava um mês em casa, piorava, voltava para a clínica, ficava alguns meses, e depois voltava para a casa. No dia dos fatos, André só segurou Henrique, sem saber que iria machucá-lo. Henrique foi escorregando pelo braço de André e caindo, enquanto André dizia que só havia segurado Henrique. André também havia bebido, mas não usou drogas. Como era um menino que fazia muita ginástica e muito forte, meio gordo, não conseguiram segurá-lo. Odivar, pai de André e Henrique, reside na mesma casa que o depoente. A depoente e André ficaram desesperados, tentaram ajudar Henrique, ligaram para o SAMU e para os bombeiros, mas chegando no hospital, Henrique foi a óbito"; Odivar Barbosa Santos, pai do réu e do ofendido disse que "não estava presente no momento dos fatos. Recebeu uma ligação de sua esposa Eleny, contando o ocorrido, então foi rapidamente para casa. Quando chegou, encontrou Henrique desmaiado. Henrique e André estavam drogados e bêbados. Henrique fazia uso constante de "todos os tipos" de drogas e chegou ficar internado por um ano, mas não resolveu. André também usava drogas às vezes e ainda tinha problemas psiquiátricos graves. André fica trancado no quarto o tempo todo, há muito tempo. Eles se davam bem quando estavam "normais". Nenhum dos dois era agressivo com o

depoente ou com sua esposa. De acordo com sua esposa, Henrique foi para cima dela e André tentou ajudar. Na casa estavam a esposa, André e a outra filha, Beatriz, com 16 anos à época. Beatriz lhe confirmou o que sua esposa havia lhe contado. André lhe contou que tentou defender a mãe, segurando Henrique, que estava muito agressivo por consequência de lança-perfume. Não sabe como chama o jeito que André segurou Henrique, provavelmente é um mata-leão. Depois disso, André foi levado para um comércio da família, na região. Foi a primeira vez que André cometeu algum ato de agressão “gravíssima”, mas ele e Henrique brigavam. Não soube dizer se André misturava remédios com drogas ilícitas, mas com bebida sim. André fez vários tratamentos para o vício. Tanto André quanto Henrique eram fortes. Henrique estava acima do peso, com 120kg, mas estava debilitado pelo uso de drogas. André disse que estava muito arrependido mas que não podia ter feito mais nada. André não toma os remédios corretamente, mas está em tratamento atualmente. Ele tem esquizofrenia”; a guarda municipal Ângela Aparecida relatou que “estava em ronda quando sua equipe foi acionada pela central, para que fossem até o Hospital Balneário de São José. Lá havia uma pessoa de nome Henrique, que havia dado entrada no hospital já em óbito e que havia sido socorrido pela família. A Sra. Eleny, mãe da vítima e do acusado, estava no hospital e lhe informou que os irmãos discutiram e que André deu uma gravata em Henrique, chegou a desmaiar e a família o socorreu. A mãe lhe disse que André era alto e forte, tinha problemas psicológicos e ficava dentro de um quarto fazendo atividade física, era bipolar e tinha esquizofrenia. O irmão Henrique fazia uso de lança-perfume e estava tentando parar. Numa crise, André foi para cima da mãe e Henrique, que estava deitado no sofá, levantou-se e foi tirar satisfações com André na cozinha, quando começaram uma discussão. Quando a depoente chegou ao hospital a vítima já havia falecido. Após sair do hospital, a depoente tentou localizar André em sua residência, mas André não se encontrava mais, pois havia saído com o pai. A depoente chegou a entrar na casa, mas não havia sinais de briga. A casa estava arrumada e não havia sinais de sangue, apenas “uns papéis queimados” do lado de fora da residência. Não observou se a vítima tinha escoriações”; o guarda

municipal Armando Garcia “informou que era motorista da viatura e ao chegarem no local, a encarregada da viatura, Ângela, desceu para tomar ciência da ocorrência. Observou que havia uma mãe no local, muito abalada pela perda do filho e não conseguia conversar, pois havia perdido a irmã “logo cedo”. Não viu André, viu apenas que a família estava chorando desesperada. Quem tomou conhecimento da situação foi a policial Ângela. Chegou a desembarcar da viatura, mas não entrou na casa, pois como é motorista tem que ficar próximo à viatura. Não chegou a ter contato com a vítima, apenas a encarregada Ângela que teve” e Humberto de Souza Arruda esclareceu que “trabalha na clínica em que André ficou internado por duas ou três vezes entre os anos de 2019 e 2022. Henrique também foi seu paciente. André deu entrada na clínica para tratamento de dependência de drogas e álcool, mas não se adaptou ao tratamento. André e Henrique não ficaram internados simultaneamente Primeiro Henrique foi internado e depois André. O tratamento que a clínica oferece deve ser contínuo, mas André em alguns momentos aderiu ao tratamento e, em outros, não. André tinha altos e baixos. Soube dos fatos por André, pois no último tratamento André relatou o que tinha acontecido, dizendo que foi “por conta das drogas”. Os tratamentos eram a curto prazo, o último tratamento de André perdurou por 60 ou 90 dias, não tem certeza. Logo depois da última alta, a mãe de André disse que ele teve nova recaída. André e Henrique tem tipos físicos compatíveis. O depoente é psicólogo e dono da clínica há 11 anos, mas não atua diretamente no atendimento psicológico dos pacientes, porque é gestor da clínica. O histórico de André é de uso tanto de drogas lícitas, quanto ilícitas, incluindo medicamentos. André não tinha comportamento agressivo na clínica. André não participava de forma coletiva do tratamento, mas, individualmente, respondia bem ao tratamento. De início, André não tinha consciência de que precisava de tratamento, mas após uma intervenção, foi desenvolvendo essa consciência com o tempo” (fls. 274/277).

Como se vê, de tudo quanto se apurou no

processo, ficou bem demonstrada a prática do delito pelo qual o réu se viu condenado, sendo inviável o acolhimento da alegação de legítima defesa, pois para o seu reconhecimento essa excludente exige prova cabal e inconcussa, aqui não produzida.

De fato, a alegação da genitora do réu e da vítima em Juízo, procurando sustentar que ele agira para defendê-la, depois que o ofendido *“partira para cima dela”*, destoou da narrativa feita por ela ao registrar o boletim de ocorrência, ainda no calor dos fatos, quando asseverou que *“Henrique escutou que André empurrou a mãe e ele foi “tirar satisfação” com seu irmão, assim, eles começaram a brigar. Quando Henrique “foi pra cima” de André, ele o segurou. Henrique, que já estava drogado, caiu no chão e bateu a cabeça. A família socorreu Henrique ao PS Balneário São José, mas ele acabou morrendo”* (fls. 3/5), deixando certo que a conduta não foi praticada para repelir injusta agressão, mas sim durante uma discussão entre os irmãos.

De mais a mais, ainda que se pudesse admitir que a vítima teria travado discussão com a genitora no momento anterior à agressão feita pelo réu, nem por isso se justificaria o brutal comportamento dele, que desferiu golpe de *“mata-leão”* no ofendido, causando-lhe a morte por asfixia, por se tratar de conduta totalmente desproporcional, notadamente se considerada a diferença de compleição física dos dois, o que, por si só, já justificaria o afastamento da excludente arguida em sua defesa.

Nesse ponto, bem observou o douto magistrado sentenciante que *“Houve, assim, durante o entrevero, situação de lesão corporal que, ainda que involuntariamente (e, portanto, culposamente, quanto à consequência), gerou o resultado*

morte, ficando perfeitamente caracterizado o tipo imputado na denúncia. E não há como se afirmar ter restado absolutamente comprovada a situação de legítima defesa, seja própria, como aventou o réu ao afirmar que se defendeu por medo em função de ter lesões no quadril, seja de terceiro (a mãe dos dois), como esta alegou em juízo. Segundo a GCM (em juízo) “A Sra. Eleny, mãe da vítima e do acusado, estava no hospital e lhe informou que os irmãos discutiram e que André deu uma gravata em Henrique, chegou a desmaiar e a família o socorreu. A mãe lhe disse que André era alto e forte, tinha problemas psicológicos e ficava dentro de um quarto fazendo atividade física, era bipolar e tinha esquizofrenia. O irmão Henrique fazia uso de lança-perfume e estava tentando parar. Numa crise, André foi para cima da mãe e Henrique, que estava deitado no sofá, levantou-se e foi tirar satisfações com André na cozinha, quando começaram uma discussão.” E, conforme boletim de ocorrência, foi essencialmente o mesmo que ela relatou no dia dos fatos: “Eleny contou que André e Henrique estavam discutindo em casa, quando aquele primeiro deu “uma gravata” em Henrique, sem que ninguém conseguisse soltá-los.” Ou seja, a primeira versão da mãe do réu e da vítima, única testemunha presencial, não afirma a situação de legítima defesa, nem sua, nem do próprio réu. Aliás, nem o réu, em juízo, narra situação de legítima defesa de terceiro (sua mãe). Tal versão só surgiu semanas depois, quando a mãe foi ouvida na delegacia, e restou reafirmada em juízo. Contudo, de forma plenamente natural, deve ser recebida com reservas, já que, mãe da vítima, já tendo perdido um filho, é natural que não queira, também, perder outro filho, o réu, para a prisão. Tem-se, assim, que a situação de legítima defesa não é uma excludente que possa ser considerada comprovada, de forma a afastar a responsabilidade do réu pelos fatos ocorridos, sendo muito mais provável que, efetivamente, no entrevero o réu tenha dado o golpe na vítima, mas “errado” na sua duração, e com isso acabado por matá-la.” (fl. 439).

Portanto, tal como posto foi correto o decreto condenatório proferido pelo douto julgador de primeiro

grau, que analisou as provas com muita acuidade e deu ao caso justa solução, revelando-se inviável a absolvição.

No tocante à dosimetria, a pena-base foi fixada com critério, situando-se a base no menor patamar legal, ou seja, em quatro anos de reclusão.

Na segunda etapa do cálculo, apesar de bem reconhecida a agravante prevista no artigo 61, II, “e”, do Código Penal, por ter sido o crime praticado contra irmão, deve ser ela agora compensada com a atenuante da confissão do réu, ainda que parcial, cuja incidência ora se reconhece, pois a despeito de ter alegado atuação em legítima defesa, ele admitiu ter desferido o golpe que causou a morte da vítima, de modo que, feita agora a compensação entre as circunstâncias agravante e atenuante, a pena fica definitivamente fixada no piso mínimo de quatro anos de reclusão.

Nesse sentido, o Pretório Excelso já se pronunciou, deixando assente que *“A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, ex vi do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou.”* (HC nº 82.337-RJ, 1ª Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 25.02.2003).

Reconhecida pela perícia a semi-imputabilidade do apelante, nos termos do disposto no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, o douto juiz optou por substituir a pena carcerária por tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de três anos, conforme prevê o artigo 98 do referido diploma legal, medida que se revelou adequada, razoável e proporcional na espécie, à vista do quadro de saúde mental do apelante (fls.

102/107), que não recomendava a aplicação da pena privativa de liberdade.

Nessa análise, oportuno registrar prevalecer o entendimento de que, nos casos de semi-imputabilidade nos quais o agente necessita de especial tratamento curativo, a pena carcerária pode ser reduzida, como estabelece o artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, ou substituída pela internação ou por tratamento ambulatorial, conforme dispõe o artigo 98 do mesmo diploma, cabendo ao magistrado optar, de forma justificada, pelo desfecho que entender melhor se ajustar à hipótese concreta, de modo que não há como se atender à pretensão da defesa, de ver aplicada a redução da pena e a substituição dela por tratamento ambulatorial.

A respeito do tema, já assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça que, *“Verificada a condição de semi-imputabilidade do agente, o Magistrado, dentro de seu âmbito de discricionariedade motivada, poderá optar por reduzir a reprimenda do réu nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, ou substituir o cumprimento da pena por internação ou tratamento ambulatorial conforme disposição do artigo 98 do Diploma Penalista. Precedentes”* (HC nº 298.252, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19.04.2016, DJe de 28.04.2016) e *“A escolha entre a redução da pena e a aplicação de medida de segurança cabe ao magistrado, dentro de sua discricionariedade motivada, considerando as circunstâncias do caso concreto.”* (HC nº 894.721, 5ª Turma, Relatora Ministra Daniela Teixeira, julgado em 10.12.2024, DJe de 16.12.2024). No mesmo sentido: *“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. INIMPUTABILIDADE DO AGENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO JULGADOR. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. LAUDO PERICIAL.*

VINCULAÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA DO JUIZ ÀS CONCLUSÕES DA PROVA TÉCNICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. REGULAÇÃO PELA PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADA PARA O DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Entende esta Corte que, constatada a semi-imputabilidade do agente, a opção do julgador por reduzir a sanção do réu nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, ou substituir o cumprimento de sua pena por internação ou tratamento ambulatorial, conforme disposição do art. 98 do referido codex, está no âmbito da discricionariedade motivada do julgador. Precedentes. 2. Segundo jurisprudência deste Superior Tribunal, "O instituto da prescrição é aplicável até mesmo às medidas de segurança impostas em sentença absolutória imprópria, devendo, no entanto, o lapso prescricional se regular pela pena máxima abstratamente cominada ao delito" (AgRg no REsp n. 1.667.508/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/4/2018, DJe de 23/4/2018). 3. Ao fazer a opção pela aplicação de medida de segurança, o julgador não pode, cumulativamente, também reduzir a reprimenda nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal. O quantum a ser considerado para aferição da prescrição da medida de segurança é a pena máxima abstratamente cominada sem a redução decorrente da eventual semi-imputabilidade. 4. Na espécie, foi reconhecida a inimputabilidade do agente, rechaçada pela defesa, que pretende a declaração de sua semi-imputabilidade com base nas conclusões do laudo pericial. 5. Nos termos do art. 182 do CPP, o juiz, embora possa sopesar o laudo pericial como prova técnica, não está adstrito às conclusões dele e deve julgar a causa, dentro de seu âmbito de discricionariedade e de livre valoração das provas, à luz das peculiaridades do caso concreto. Precedentes. 6. Na hipótese, o furto qualificado ocorreu em 13/3/2018 (posterior à Lei n. 12.234/2010), a denúncia foi recebida em 12/4/2018 e a sentença foi publicada em 3/2/2023. Assim, não decorreu o prazo prescricional de 6 anos entre os marcos interruptivos, nos termos dos arts. 107, IV, e 109, III, c/c os arts. 14, II, 115 e 117, I e IV, todos do Código Penal. 7. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC nº 885.405, 6ª Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 29.04.2024, DJe de

02.05.2024) e “*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 155, CAPUT, C/C O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 26, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. OFENSA À DIALETICIDADE. SÚMULA N. 182/STJ. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. MOTIVAÇÃO FUNDADA NA GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA N. 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR TRATAMENTO AMBULATORIAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA MATÉRIA, DIRETAMENTE, NESTA INSTÂNCIA SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Neste agravo regimental, não foram trazidos argumentos novos, aptos a elidirem os fundamentos da decisão agravada. Tais fundamentos, uma vez que não foram devidamente impugnados, atraem ao caso o disposto no enunciado n. 182 da Súmula desta Corte e inviabiliza o conhecimento do agravo, por violação do princípio da dialeticidade, uma vez que os fundamentos não impugnados se mantêm. 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. Precedentes. 3. Na hipótese, apesar de o montante da sanção - 1 ano e 13 dias de reclusão -, admitir, em tese, a fixação do regime aberto, a reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (valor do bem subtraído e maus antecedentes) inviabilizam o estabelecimento do regime inicial aberto, de modo que inexistente ilegalidade no resgate da reprimenda da paciente no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e da Súmula n. 269/STJ, in verbis: é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Precedentes. 4. Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança consistente no tratamento*

ambulatorial, verifica-se que as instâncias ordinárias não chegaram a deliberar sobre os argumentos e pedido trazidos pela defesa no tocante a tal questão, razão pela qual a presente irresignação não autoriza conhecimento. 5. A ausência de prévia manifestação das instâncias ordinárias sobre os temas discutidos no mandamus inviabiliza seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida a esta Corte, nos termos do art. 105 da Carta Magna. Precedentes. 6. Admitir a análise direta por esta Corte de eventual ilegalidade não submetida ao crivo do Tribunal de origem denotaria patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir. 7. Além do mais, não se constata flagrante ilegalidade na espécie, uma vez que se constata que as instâncias ordinárias, em razão da semi-imputabilidade da paciente, aplicaram o redutor previsto no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, na fração de 1/3 (e-STJ fls. 46 e 57), o que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que, constatada a semi-imputabilidade do réu, o magistrado, valendo-se da discricionariedade fundamentada, poderá optar por aplicar pena privativa de liberdade com o redutor previsto no art. 26, parágrafo único, do CP, ou submetê-lo à tratamento ambulatorial ou medida de internação, conforme preconiza o art. 98, do Estatuto Repressivo. Precedentes. 8. Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC nº 814.029, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27.04.2023, DJe de 03.05.2023).

Em razão da primariedade do réu e da ausência de justificativa concreta para a imposição de regime prisional mais severo do que aquele correspondente ao montante da pena mínima agora fixada, cabe fixar o regime aberto de prisão.

Por fim, quanto à almejada gratuidade da justiça, alinho-me ao que tem sido decidido pelo colendo Superior

Tribunal de Justiça, no sentido de que o momento de verificação de miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, é na fase de execução, porquanto possível que ocorra alteração na situação econômica do réu entre a data da condenação e a da execução do julgado condenatório, como se colhe do julgado assim ementado: “(...). Quanto ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, 'de acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução (...)’” (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2016).’. 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp nº 2.030.440/PR, 5ª Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 02.08.2022, DJe de 08.08.2022), motivo pelo qual nada cabe decidir a respeito nesta oportunidade, devendo o apelante, em sede de execução, requerer o que entender de direito quanto ao pagamento das custas processuais.

Portanto, para os fins especificados, o parcial provimento do recurso se impõe.

3. Destarte, por meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso do réu André Silva Santos para reconhecer a circunstância atenuante da confissão, reduzir a pena a quatro anos de reclusão, em regime prisional aberto, mantida, no mais, a sentença, inclusive no tocante à substituição da sanção por tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de três anos, em razão do reconhecimento da semi-imputabilidade do acusado.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
- Relator -