



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000342148

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505757-46.2023.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que são apelantes GABRIEL JOSÉ DOS SANTOS RIBEIRO, FLAVIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA e WELITON DE JESUS RODRIGUES, 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 reduzir a pena de Gabriel, estabelecendo a pena final em quatro (4) anos, dois (2) meses e vinte e doze (12) dias de reclusão e ao pagamento de vinte e um (21) 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 Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16293

Apelação Criminal nº 1505757-46.2023.8.26.0663

Comarca: Vara Criminal de Votorantim

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Barbara Syuffi Montes

Apelantes: Gabriel José dos Santos Ribeiro, Flavio Henrique Ribeiro da Silva e Weliton de Jesus Rodrigues

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Os apelantes foram condenados por furto qualificado, por concurso de pessoas e escalada, ocorrido em 4 e 5 de novembro de 2023, em Votorantim/SP. Gabriel subtraiu bens de um estabelecimento comercial, e no dia seguinte, agindo com Weliton e Flávio, subtraiu mais itens.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) absolvição de Flávio por insuficiência de provas; (ii) reconhecimento da confissão espontânea de Gabriel e Weliton; (iii) adequação da pena e regime inicial para Weliton e Flávio; (iv) substituição da pena corporal de Flávio por restritivas de direito.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. As confissões de Gabriel e Weliton são corroboradas por provas robustas, incluindo imagens de câmeras de segurança e depoimentos.

4. A dosimetria das penas foi ajustada considerando antecedentes e circunstâncias dos delitos.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena de Gabriel.

TESE DE JULGAMENTO:

Possibilidade de redução da pena, pelas condições objetivas e subjetivas do apelante.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 155, § 4º, incisos II e IV; art. 71; art. 44, incisos I e II e § 3º; art. 77, "caput".

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 28.3.2017.

STJ - AgRg no HC n. 844.077/PE - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma, j. 4.3.2024.

STJ - AgRg no RCD no PExt no HC n. 508.334/PE - relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft) - T6 - Sexta Turma, j. 27.11.2023.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 213/215

Gabriel foi condenado à pena de cinco (5) anos, dois (2) meses e seis (6) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, e ao pagamento de vinte e quatro (24) dias-multa, como incurso no **artigo 155, § 4º, inciso II e no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, na forma do artigo 71, todos do Código Penal**, denegado o direito de recorrer em liberdade.

Weliton foi condenado à pena de dois (2) anos, dois (2) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial semiaberto*, e ao pagamento de dez (10) dias-multa, como incurso no **artigo 155, § 4º, incisos II e IV do Código Penal**, denegado o direito de recorrer em liberdade.

Flavio foi condenado à pena de dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão, em *regime inicial semiaberto*, e ao pagamento de treze (13) dias-multa, como incurso no **artigo 155, § 4º, incisos II e IV do Código Penal**, com possibilidade de recorrer livre.

Consta que em **4.11.2023, durante a madrugada**, na Avenida Vereador Newton Vieira Soares, nº 60, centro, Votorantim/SP, Gabriel, mediante escalada, subtraiu, para si, uma sacola contendo moedas e um fardo de bebida energética, pertencentes à empresa-vítima “Pão de Queijo Master”

(“Andrade e Lucietto Ltda”). Consta, ainda, que no dia 5.11.2023, entre 15h40min e 16h25min, no mesmo endereço, Gabriel, Wellington e Flávio, agindo previamente e ajustados, mediante escalada, subtraíram, para eles, 120 latas de refrigerante e um molho de chaves, todos avaliados em R\$ 610,00, pertencentes à empresa-vítima “Pão de Queijo Master” (“Andrade e Lucietto Ltda”).

Apurou-se que em 4.11.2023, durante a madrugada, Gabriel dirigiu-se ao estabelecimento comercial situado no referido endereço, onde, aproveitando-se da menor vigilância das pessoas durante o repouso noturno, escalou o toldo existente na fachada do imóvel e, através da janela, ingressou no cômodo utilizado como estoque, de onde subtraiu, para si, uma sacola de moedas e um fardo de energético. No dia seguinte, em 5.11.2023, por volta das 15h40min, Gabriel retornou ao estabelecimento comercial, desta vez acompanhado de Weliton, ambos em unidade de desígnios, com o fim de saquear o patrimônio alheio. No local, o segundo acessou o corredor lateral, que dá acesso a uma das janelas da lanchonete, onde passou a aguardar momento oportuno para nela ingressar. Em dado momento, Flávio aproximou-se, e, após breve conversa com os outros dois apelantes, aderiu à conduta de ambos, e, na companhia de Gabriel, permaneceu à espreita, vigiando a aproximação de terceiros, a fim de garantir o sucesso da empreitada criminosa. Aproveitando da ausência de movimentação de pessoas no local, Weliton escalou o toldo existente na fachada do imóvel. Por meio da janela, ingressou no cômodo utilizado como estoque. De lá subtraiu um molho de chaves e 120 latas de refrigerante. Os itens foram repassados aos comparsas que permaneceram fora do estabelecimento. Tomando conhecimento do fato, o representante da vítima comunicou o ocorrido à Polícia Civil e forneceu as imagens das câmeras de monitoramento existentes no lado externo do estabelecimento. Em razão de diversos furtos nas imediações do local dos fatos, identificou-se os apelantes nas imagens fornecidas pela vítima.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** absolvição de Flávio por insuficiência de provas; **b)** conduta de Weliton foi subsidiária, não tendo papel relevante na execução do crime; **c)** reconhecimento da confissão espontânea de Gabriel e Weliton; **d)** adequação da pena de Weliton; **e)** regime inicial mais brando para Weliton e Flávio; e **f)** substituição da pena corporal de Flávio por restritivas de direito (fls. 241/246).

Contrarrazões da Acusação (fls. 270/280), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 10.1.2025 (fls. 255).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 289/298).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 208 e 212).

II – Fundamentação

O apelo comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Barbara Syuffi Montes.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 3/4, laudo do local de fls. 52/58, autos de avaliação de fls. 28/29 e 203/204, *link* da gravação das câmeras (5.11.2023) de fls. 61 e prova produzida em Juízo, subtraiu-se bens de valor econômico.

A *autoria* é certa e atribuível aos apelantes.

No distrito, **Gabriel** confessou o furto de **4.11.2023** e negou o furto de **5.11.2023**. Sua alcunha é “Cemitério”. Está desempregado. Reside com sua mãe, padrasto e irmãos mais novos. Está roubando para sustentar o vício em drogas. É viciado em crack desde os 16 anos. Em **4.11.2023**, às 22h30min, ingressou no interior do estabelecimento comercial “Casa do Pão de Queijo Master” por uma janela aberta do segundo andar. Para alcançá-la, subiu no toldo. **Subtraiu um saco de moedas e um fardo de energético**. Soube que Flávio e “Boituva” furtaram o local no dia seguinte. Viu-os após o delito com os fardos de Coca-Cola (fls. 13 – interrogatório de fls. 10/14).

Em juízo, **reiterou a versão**. No primeiro dia, viu a janela aberta e entrou no local. Retirou latinhas de refrigerante, dinheiro e um molho de chave. No segundo dia, não participou. Estava na frente do terminal e viu o delito. Escalou a parede. Costumava ficar no terminal. Usava crack. Não conhecia os demais apelantes. Assumiu apenas o primeiro delito no distrito policial. Viu um indivíduo adentrar o local no segundo dia. Não o conhece. Não se reconhece como sendo a pessoa de boné vermelho. A pessoa de mochila é um sujeito com enfermidade.

No distrito, **Weliton** confessou o furto de **5.11.2023**. Sua alcunha é “Boituva”. Está em situação de rua. Faz uso de drogas. No dia **4.11.2023**, Gabriel, alcunha “Cemitério”, efetuou o furto sozinho. **Em 5.11.2023, foi ao estabelecimento juntamente com Gabriel, alcunha “Cemitério”, que ficou de vigia**. Subiu pelo toldo e ingressou por uma janela aberta. Passou os fardos de coca-cola lata ao comparsa. Depois entregaram os itens a um usuário de drogas para vender os fardos. Receberam R\$ 70,00 (fls. 8 – interrogatório de fls. 7/9).

Em Juízo, **reiterou a versão**. Negou envolvimento no primeiro

furto. Participou apenas do furto do dia 5. Gabriel, alcunha “Cemitério”, furtou o local sozinho. **Ele pegou um molho de chaves e lhe convidou para o furto do dia 5.** Flávio não tem nada a ver, embora soubesse do delito. Pediu a ajuda de Flávio. Ele não entrou, mas ajudou a levar os objetos. Gabriel entrou pela janela. Vestia calça e camiseta. Gabriel andava de shorts, camiseta e boné. Confirmou sua presença no vídeo exibido. Gabriel é o sujeito de boné. O indivíduo de mochila é o Flávio. Está arrependido.

No distrito, **Flávio negou a acusação.** Frequenta muito o local dos fatos. Ficava por lá quase todos os dias. No horário dos fatos, viu um homem dentro do estabelecimento comercial e um fora do estabelecimento. Não conhece a identidade dos indivíduos. Já havia visto na região aquele que estava fora do estabelecimento. **Apareceu nas filmagens próximas ao local, pois é onde costumava frequentar.** Não conversou com os autores dos fatos. Não consegue assinar o documento, pois teve um AVC e ficou sem movimentos nos braços (fls. 60).

Em Juízo, sua **revelia** foi decretada (fls. 208).

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 de Gabriel, quanto ao primeiro delito, e de Weliton podem ser admitidas. A negativa de Gabriel, quanto ao segundo furto, ficou isolada nos autos.

A C. de A., representante da empresa-vítima, declarou ser sócio gerente. O local tem sistema de câmera. Os criminosos ingressam no local dos fatos no sábado (4.11.2023), por volta das 22h. No domingo (5.11.2023), eles entraram novamente no local e desligaram o monitoramento das câmeras. **Escalaram a parede. Fica no segundo andar.** O estabelecimento é próximo ao terminal de ônibus. **O guarda do terminal comunicou o dono do prédio no domingo, por volta das 16h ou 17h.** Aluga o local. Eles desceram os itens subtraídos. **Conseguiu as imagens do escritório situado no andar inferior. Subtraíram refrigerantes. Alguns dias depois, percebeu que uma máquina a jato também foi levada.** Tomou conhecimento dos fatos no domingo. Não sabe o que foi subtraído em cada dia. As imagens mostram que, no sábado, havia dois ou três indivíduos. No domingo, viu a mesma quantidade. **Pareciam ser os mesmos. Eles entraram por uma janela. Não havia grade. Estima que os bens totalizam cerca de R\$ 3.000,00.** Seus bens não foram recuperados. Na segunda-feira, por volta das 22h, foi chamado na delegacia. Três indivíduos foram detidos. Não os viu. **Na segunda-feira, eles circulavam nas proximidades durante o dia.** Outros furtos foram praticados na região. **Um dos indivíduos parece ter uma deficiência na perna.** Confirma tê-lo visto na segunda-feira. Após ser exibida a fotografia de fl. 55, confirma que o furto foi praticado no primeiro andar. A grade constante a fl. 56 ainda não estava instalada na época dos fatos.

Na lição de Tourinho Filho, *a vítima do crime, em geral, é quem*

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

Felipe, policial civil, depôs que havia uma onda de furtos no centro da cidade, vitimando diversos comércios. Realizaram investigações. **Identificaram Gabriel, vulgo "Cemitério", que confessou diversos furtos e apontou os comparsas.** Depois identificaram os demais envolvidos. O proprietário do estabelecimento forneceu as imagens e isso favoreceu a identificação dos outros indivíduos. **No crime em questão, estavam envolvidos Gabriel, Weliton, vulgo "Boituva", e Flávio.** "Boituva" confessou. Flávio negou. Não os conhecia previamente. Gabriel confessou que furtou o estabelecimento em um dia e retornou ao local no dia seguinte na companhia dos outros dois. Gabriel tem bastante tatuagem, inclusive no rosto. Weliton era magro. Flávio teve um AVC e não conseguiu assinar. Com relação ao vídeo fornecido, esclareceu que a **pessoa de boné vermelho é Gabriel e a pessoa com dificuldade de andar é Flávio.** Gabriel e Weliton participaram de outros furtos juntos.

Desistiu-se da oitiva do policial civil Vitor (fls. 208).

O policial, em depoimento coeso e seguro, incrimina os recorrentes, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há razões para rechaçar seu depoimento. Pelo contrário, é fundamental ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar os recorrentes. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir

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.

Lembre-se: mesmo sendo inquirido um policial, seu testemunho, em consonância com as provas existentes, é suficiente para lastrear o decreto condenatório (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, quando critica o brocardo jurídico, adágio, "*testis unus, testis nullus*" – uma testemunha não faz prova – p. 319-320).

As provas são robustas.

Depreende-se do conjunto probatório que Gabriel efetuou dois furtos no local dos fatos, um em 4.11.2023 e outro em 5.11.2023. No segundo dia, contou com a participação de Weliton e Flávio.

Embora Gabriel tenha admitido o delito de 4.11.2023 e negado sua participação no furto de 5.11.2023, é certo que Weliton confirmou que aquele efetivamente realizou o delito, pois estava junto com ele. Além disso, Weliton afirmou que Flávio participou do crime.

Se não bastasse, as imagens captadas pela câmera de segurança - quanto ao crime de 5.11.2023 (fls. 61) - confirmam que três indivíduos agiram juntos na consecução do crime.

O policial civil e Weliton afirmaram que o indivíduo de boné é Gabriel e o de mochila é Flávio.

Não há participação de menor importância de Flávio. Ainda que Weliton pretenda afastar a responsabilidade criminal de Flávio, é certo que este aderiu a conduta criminosa, pois sabia do furto e ajudou a levar os bens subtraídos.

Sua presença ficou constatada na gravação da câmera de segurança como sendo o indivíduo com mochila e que apresentava dificuldade de locomoção.

As qualificadoras *escalada* e *concurso de agentes* ficaram demonstradas pelas imagens colhidas (fls. 61), declarações da vítima, depoimento do policial civil e confissões.

Além disso, os apontamentos do **laudo pericial** permitem concluir que a escalada ocorreu. O local não aparentava dano na porta de madeira (fls. 54). O depósito do estabelecimento comercial é localizado no primeiro andar, onde o responsável colocou uma grade metálica após os fatos (fls. 54). A distância entre a grade e o toldo é de 1,20m (fls. 56).

Guiseppe Chiovenda: “Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto etc.). Aliás, pode-se escolher para perito ainda uma pessoa inculta, desde que versada na questão técnica discutida em Juízo (...). Quanto mais técnica é a questão submetida ao juiz, tanto maior é a utilidade da perícia” (*Instituições de direito processual civil*. V. III. Tradução da 2ª ed. por Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 143).

Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A dosimetria sofre ajuste.

- Gabriel José dos Santos Ribeiro.

Na **primeira fase**, a pena-base do primeiro delito (4.11.2023) deve ser mantida acima do mínimo pelos maus antecedentes por fatos anteriores, mas com trânsito em julgado posterior (autos nº 1500459-42.2022.8.26.0620, *furto*, fls. 179; 1500244-66.2022.8.26.0620, *roubo majorado*, fls. 178; e 1500443- 88.2022.8.26.0620, *furto qualificado*, fls. 178/179). Salienta-se que todas as condenações são relativas a delitos patrimoniais, a revelar dedicação a crimes dessa espécie, evidenciando maior culpabilidade. De outro lado, as circunstâncias do delito também são negativas, uma vez que o crime foi praticado durante a noite, em período de menor vigilância, o que favoreceu a

prática delitiva. Aplicando-se a fração única de 1/2, a sanção perfaz três (3) anos de reclusão e quinze (15) dias-multa.

Com relação ao segundo delito (5.11.2023), considera-se os maus antecedentes, culpabilidade e uma qualificadora como circunstância judicial negativa, assim, a sanção também perfaz três (3) anos de reclusão e quinze (15) dias-multa.

Ressalte-se que o Tribunal não está impedido de manter a pena sob outro fundamento: "2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em Primeira Instância para manter a pena fixada, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem que isso configure ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus. 3. Agravo regimental desprovido." (STJ - *AgRg no HC n. 844.077/PE* - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. 4.3.2024 - DJe de 6.3.2024).

"1. "A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em 1ª instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória" (HC n. 410.387/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 23/5/2019)". (STJ - *AgRg no RCD no PExt no HC n. 508.334/PE* - relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft) - T6 - Sexta Turma - J. 27.11.2023 - DJe de 30.11.2023).

Na **segunda fase**, a confissão espontânea com relação ao primeiro crime (4.11.2023) já foi reconhecida em Primeiro Grau e parcialmente compensada com a dupla reincidência (autos nº 1500127-40.2022.8.26.0567, *furto qualificado*, fls. 173/174; 1500538-55.2021.8.26.0620, *furto qualificado*, fls. 174), a justificar o agravamento de 1/6, tem-se três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e dezessete (17) dias-multa.

Com relação ao segundo delito (5.11.2023), não houve confissão, remanesce a dupla reincidência que deve ser agravada de 1/5, tem-se três (3) anos, sete (7) meses e seis (6) dias de reclusão e dezoito (18) dias-multa.

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

Em razão da continuidade delitiva, pois um delito é da mesma espécie do outro e, pelas condições de tempo, espaço temporal entre um e outro; mesmo local e maneira de execução, pode-se considerar o último crime como continuação do primeiro. E havendo dois delitos, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, a mais grave, com aumento de 1/6, resultando quatro (4) anos, dois (2) meses e vinte e doze (12) dias de reclusão e ao pagamento de vinte e um (21) dias-multa.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre o critério do aumento nos crimes continuados e editou a Súmula 659, destaca-se: *"A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações."* (Terceira Seção - J. em 13.9.2023 - DJe 8.9.2023).

- Weliton de Jesus Rodrigues.

Na **primeira fase**, a pena-base deve ser mantida acima do mínimo pelos maus antecedentes por fatos anteriores, mas com trânsito em julgado posterior (autos nº 1505754-91.2023.8.26.0663, *furto qualificado*, fls. 186) e considera-se uma qualificadora como circunstância judicial negativa, a implicar o acréscimo de 1/3, tem-se dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão e treze (13) dias-multa.

Na **segunda fase**, a confissão espontânea já foi reconhecida em Primeiro Grau com atenuação de 1/6 na reprimenda, tendo-se dois (2) anos, dois (2) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa.

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

- **Flavio Henrique Ribeiro da Silva**.

Na **primeira fase**, a pena-base deve ser mantida acima do mínimo pelos maus antecedentes (autos nº 0001279-21.2013.8.26.0663, *tráfico de drogas*, fls. 188/189) e considera-se uma qualificadora como circunstância judicial negativa, a implicar o acréscimo de 1/3, tem-se dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão e treze (13) dias-multa.

Na **segunda fase**, não há atenuantes ou agravantes.

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

As **penas são finais**, pois nada mais as modificam. O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado para Gabriel e inicial semiaberto para Weliton e Flávio.

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.

Embora a sanção seja inferior a oito anos, Gabriel registra cinco condenações anteriores por crimes patrimoniais, com **maus antecedentes** e **reincidência**, e agora perpetrou mais dois furtos. Ele demonstra culpa intensa e má conduta social, pois sabia das consequências da conduta ilícita e, mesmo assim, sem arrependem-se do que fizeram no passado, realizou outros crimes contra o patrimônio; prefere, pois, lesar outrem a continuar na honestidade, a denotar que faz do crime o seu meio de vida.

A **periculosidade** existe, porque, aproveitando-se da pouca vigilância decorrente do horário e mediante escalada, subtraiu um estabelecimento comercial em um dia (4.11.2023) e, no dia seguinte, retornou ao local com outros dois comparsas, evidenciando audácia e premeditação na ação criminosa.

Pelo só fato de haver delito sem grave ameaça ou violência não impera regime mais benéfico desde já. Deve-se ter em mente as condições subjetivas de quem o pratica, reitere-se, pela última vez, por serem reincidentes. Logo, o maior rigor é exigível.

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).

O regime inicial semiaberto é adequado para Weliton e Flávio.

Eles praticaram o delito em concurso de agentes e escalada, além de que já sabiam das consequências em praticar uma infração penal, pois ambos registram maus antecedentes. Sendo assim, o regime inicial semiaberto será o mais adequado para os fins da sanção penal.

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).

Observa-se, ainda, o teor da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

No regime escolhido, ficam sujeitos a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar

(art. 35, parágrafo 1º, do Código Penal). O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal).

Em regime inicial intermediário, ainda, poderão refletir sobre a erronia de suas condutas, ao mesmo tempo, são repreendidos do ato que realizaram, previne-se que não o faça mais e outros delitos, por fim, efetiva-se sua integração social.

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

No futuro, se voltarem a praticar alguma infração penal, poder-se-á, sem qualquer equívoco, ser mais severo quanto às suas penas.

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

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou a concessão de “sursis” não devem ser aplicadas para Gabriel, Weliton e Flávio.

Gabriel é reincidente; **Weliton** e **Flávio** registra maus antecedentes em delito patrimonial e respondem a outros feitos, inclusive há indícios de que reiteram o delito em companhia de Gabriel.

Caso isso fosse feito, não teriam consciência da ilicitude da conduta, não sendo a medida socialmente recomendável (artigo 44, incisos I e

II e § 3º; artigo 77, "caput", do Código Penal).

Weliton reitera no mesmo delito, patrimonial, o que mostra tendência delitiva a essa modalidade de infração penal.

Quanto a Flávio, cometeu delito contra a saúde pública, tráfico e, agora, patrimonial. Existe, pois, versatilidade na prática de delitos, o que mostra conduta social inadequada.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para reduzir a pena de Gabriel, estabelecendo a pena final em quatro (4) anos, dois (2) meses e vinte e doze (12) dias de reclusão e ao pagamento de vinte e um (21) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Flávio respondeu livre (fls. 221).

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.

Gabriel e Weliton respondem presos (fls. 221). A prisão deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, em regime inicial fechado e inicial semiaberto, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal.

"3. É fato que "o STF tem decidido, há algum tempo, pela incompatibilidade na manutenção da prisão preventiva - aos réus condenados a cumprir pena em regime semiaberto ou aberto - por configurar a segregação cautelar, medida mais gravosa. Tal regra, todavia, pode ser excepcionada a depender da situação concreta, como nas hipóteses de necessidade do encarceramento cautelar para evitar-se reiteração delituosa ou nos delitos de violência de gênero". (AgRg no AREsp n. 2.412.318/BA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023)." (***AgRg no HC 958571/MG*** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – 11.12.2024 – DJe 17.12.2024).

Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Não é demais lembrar que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 9 do ESTJ). RJTJERGS 148/15 e RT 686/391. No mesmo sentido, RT 728/476, JSTJ 19/217 e 42/86-7.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.