



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000346878

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500483-29.2020.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante ALISSON INOCENCIO DE AZEVEDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso, corrigido, apenas, erro material, para fazer constar doze (12) dias-multa, 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) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16322

Apelação Criminal nº 1500483-29.2020.8.26.0236

Comarca: Vara Criminal de Ibitinga

Juiz de Direito: doutor Pedro Henrique Batista dos Santos

Apelante: Alisson Inocência de Azevedo

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Alisson foi condenado a dois anos, oito meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, por furto qualificado mediante escalada, subtraindo um par de tênis da marca "Olimpykus" avaliado em R\$ 150,00. O crime ocorreu em 21.5.2020, em Ibitinga/SP, com a devolução do tênis à vítima após confissão do apelante.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) absolvição por insuficiência probatória; (ii) aplicação do princípio da insignificância; (iii) reconhecimento do furto privilegiado; (iv) reconhecimento da forma tentada do delito; (v) afastamento da qualificadora da escalada; (vi) redução da pena aplicada; (vii) afastamento da pena de multa; (viii) substituição da pena corporal por restritivas de direitos; (ix) fixação de regime inicial menos gravoso.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito estão comprovadas por boletim de ocorrência, laudo pericial e confissão do apelante.

4. A qualificadora da escalada foi confirmada por perícia técnica e depoimentos. A aplicação do princípio da insignificância foi afastada devido à reincidência e elevado grau de reprovabilidade da conduta.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso desprovido. Correção de erro material para constar doze dias-multa.

Tese de julgamento: 1. A consumação do furto se dá com a inversão da posse, mesmo que o bem seja recuperado. 2. A reincidência impede o

reconhecimento do furto privilegiado.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 155, § 4º, inciso II; art. 61, inciso I; art. 33, § 3º; art. 44, inciso II; art. 77, I e II; art. 283.

Código de Processo Penal, art. 188; art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, HC 107082/RS, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., j. 27.3.2012.

STF, HC 92910/RJ, Rel. Min. Celso Mello, 2ª T., j. 20.11.2007.

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

STF, HC 114241/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 26.2.2013.

STF, HC 113369/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 26.2.2013.

STF, HC 110841/PR, Relª. Minª. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 27.11.2012.

STF, HC 100986/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 31.5.2011.

STF, HC 98944/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 4.5.2010.

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

STJ, REsp 1777169/AL, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6, j. 14.5.2019.

STF, HC 107082/RS, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., j. 27.3.2012.

STF, HC 92910/RJ, Rel. Min. Celso Mello, 2ª T., j. 20.11.2007.

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

STF, HC 114241/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 26.2.2013.

STF, HC 91920/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 9.2.2010.

STF, HC 97012/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 9.2.2010.

STF, AI 559904 QO/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 7.6.2005.

STF, HC 113369/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 26.2.2013.

STF, HC 110841/PR, Relª. Minª. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 27.11.2012.

STF, HC 100986/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 31.5.2011.

STF, HC 98944/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 4.5.2010.

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

STJ, REsp 1777169/AL, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6, j. 14.5.2019.

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

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

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

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

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

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

STJ, REsp 1777169/AL, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6, j. 14.5.2019.

STJ, HC 273483, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6, j. 14.2.2017.

STJ, REsp 1756117/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 7.5.2019.

STJ, Edcl no AgRg no AREsp 1077743/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 23.4.2019.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 136/137

O apelante, Alisson, foi condenado à pena de dois (2) anos, oito (8) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de quatorze (14) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal**, com possibilidade de recorrer em liberdade, porque no dia 21.5.2020, por volta de 6 h, na Avenida Engenheiro Ivanil Francischini, 13523, Jardim São João, Ibitinga/SP, Alisson, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu para si um par de tênis da marca “Olimpykus”, avaliado em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), conforme auto de avaliação de fls. 15/23, em prejuízo da vítima R. G. P. O apelante passava pela casa da vítima e resolveu nela adentrar para subtrair algum objeto. Assim é que, mediante a escalada do muro lateral da casa (cf. laudo pericial de fls. 26/32), Alisson teve acesso à casa e lá apoderou-se do tênis da vítima, evadindo-se em seguida. Acontece que, percebendo a aproximação de uma viatura da Polícia Militar que fazia patrulhamento no local, o recorrente refugiou-se na casa de seu amigo *Marcio Garcia da Silva Junior* e abandonou nesse local a

caixa de papelão, contendo as bonecas, e jogou no quintal o par de Tênis. Depois de certo tempo, R. deu por falta a caixa de papelão e o par de tênis e passou a perguntar para vizinhos se teriam informações sobre o fato, quando foi abordada por *Marcos Roberto*, padrasto de *Marcio*, informando que ele teria encontrado a caixa de papelão em sua residência. A vítima foi até a residência de *Marcos*, onde este entregou a vítima a caixa de papelão, contento bonecas, porém, não havia informações em relação ao par de tênis. Diante dos fatos, a vítima acionou a Polícia Militar que, após tomarem ciência do ocorrido, realizaram diligência e abordaram *Marcio*, que estava acompanhado de **Alisson** e outra pessoa. De imediato, **Alisson** confessou o furto do par de tênis (fls. 12) e indicou onde teria abandonado o objeto. Consta dos autos, a devolução do par de tênis a vítima, conforme auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 7.

Nas razões da apelação apresentada pela digna Defesa foi sustentado **a)** absolvição por insuficiência probatória; **b)** atipicidade material da conduta, diante da aplicação do princípio da insignificância; **c)** reconhecimento do furto privilegiado; **d)** reconhecimento da forma tentada do delito; **e)** afastamento da qualificadora da escalada; **f)** redução da pena aplicada; **g)** afastamento da pena de multa, diante da hipossuficiência financeira do recorrente; **h)** substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos e **i)** fixação de regime inicial menos gransoso (fls. 157/161).

Contrarrazões a fls. 165/169 com requerimento de manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público aos 4.3.2024 (fls. 170).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 185/207).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 102 e 133.

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pelo ilustre Magistrado, doutor Pedro Henrique Batista dos Santos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 4/6, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 7, laudo pericial de fls. 26/32, relatório final de fls. 33/34 e prova oral colhida durante a instrução, subtraiu bem com valor econômico.

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

No distrito, o apelante **confessou a prática do delito**. Disse que **realmente adentrou na casa, que não conhece, e furtou uma caixa de papelão de forno elétrico e um par de tênis Olimpykus**. Quando foi fugir da Polícia, refugiou-se na casa de seu amigo Márcio. Lá abandonou a caixa de papelão e jogou no quintal de Marcio o par de tênis, não sabendo onde caiu. Marcio não sabia nada disso e depois foi abordado por Marcio e confessou tudo a ele. Foi levado à Delegacia pelos policiais militares onde confirmou a versão de Marcio. Não sabia o que continha dentro da caixa que furtou, **praticou o furto mediante escalada do muro**. É usuário de todas as drogas. Seu amigo Nathan, somente sabia onde o ele residia (fls. 12).

Em Juízo, o recorrente confessou as acusações presentes na denúncia. Contou que **estava andando na madrugada e passou perto da**

residência, viu um tênis sobre o muro. Colocou o tênis no pé e desceu para a casa de Márcio, onde pediu um copo d' água. A Polícia abordou-o e disseram-lhe que havia uma denúncia de furto no local. Foi liberado, desceu e jogou o tênis no quintal da casa de Márcio. Durante o dia, a Polícia foi a sua casa. Ocultou a verdade com receio de prejudicar Márcio. Posteriormente, a Polícia abordou-o juntamente com Márcio, estavam transitando em um veículo Uno, disse que jogou o tênis no quintal, a caixa era de uma fritadeira elétrica. Subiu no muro para pegar o tênis, havia uma pilha de tijolos ao lado, dentro do quintal da residência, onde estava a caixa. Márcio não tem relação com o fato. **Levou a caixa e o tênis.**

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 pode ser aceita.

A vítima R. declarou que estava dormindo quando recebeu um telefonema da cunhada perguntando se tinha ouvido alguém entrando em sua casa ou se sentiu falta de alguma coisa. **Sentiu falta de um tênis e de uma caixa, onde guardava bonecas. Contaram na delegacia que um indivíduo**

pulou o muro e jogou o produto, pulando novamente. Saiu pelo bairro, na companhia da cunhada, procurando seus bens. Encontrou um rapaz que lhe perguntou o que estava procurando, ele disse que havia visto um menino com uma caixa na mão. **Foram à Delegacia onde os produtos foram entregues.** Na delegacia, o rapaz disse que tinha recebido a caixa de uma outra pessoa. Reconheceu Márcio no distrito policial. Acordaram por volta das 7 horas da manhã, indo à Delegacia uma hora e meia a duas horas depois, sendo que os rapazes já estavam no local. Não se recorda do nome dos indivíduos. **Os bens foram recuperados e o tênis estava no pé de um dos indivíduos.**

A vítima confirma que o recorrente teria adentrado em sua residência, pulando o muro, e de lá subtraído os bens. Ela sofreu a ação e os prejuízos causados pelo apelante. Sua narrativa, pois, é de grande relevância.

“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 Gislaine, cunhada da vítima, depôs que, no dia dos fatos, seu genro estava indo para o trabalho por volta das 4h, desceu até a

esquina e viu um rapaz subindo usando capuz, essa pessoa estava tentando pular o muro de sua casa. Seu genro perguntou o que ele estava fazendo lá, essa pessoa deu a volta no quarteirão. **Ligou para a cunhada e conversaram, sendo que ela disse que haviam entrado em sua casa, pois tinha desaparecido a caixa de bonecas e o tênis. Deram a volta no quarteirão e perguntaram para vizinhos se tinham visto os objetos, chegou uma pessoa perguntando o que estavam procurando, essa pessoa disse que havia sido deixada uma caixa embaixo de uma árvore. Seu irmão reconheceu o tênis que esse homem estava utilizando e a caixa de bonecas foi devolvida. Após, foram à delegacia. Seu genro desceu até o final da rua sem saída e viu que tinha sido deixada uma caixa e perguntou para o "moço" o que ele estava fazendo lá. Acha que era Márcio, que morava no local. Seu irmão constatou que era seu tênis que estava no pé dessa pessoa. Seu genro reconheceu o Alisson. O tênis estava com Márcio.**

Marcio disse que, na madrugada, Alisson apareceu no portão da sua casa e pediu um copo d' água, quando saiu a Polícia estava descendo e Alisson quis entrar em sua casa, mas não deixou. A Polícia abordou-o e depois liberou, defronte a sua casa. No outro dia, a dona dos objetos foi a sua casa. **A caixa, que estava cheia de bonecas, estava em sua casa, sendo devolvida para a vítima. Encontrou Alisson que afirmou que o tênis estaria no fundo de sua casa, o tênis foi encontrado no fundo da casa que aluga. Foram abordados pela Polícia e Alisson confessou os fatos. Não chegou a usar o tênis e nenhuma outra pessoa da sua casa.**

As narrativas são corroboradas com as declarações da ofendida, Gislaíne confirmou que seu genro viu o apelante no local, após, a vítima informou-lhe que os bens teriam sido subtraídos de sua residência, os quais foram devolvidos, posteriormente, na delegacia. Márcio confirmou que tanto o tênis quanto a caixa foram deixados em sua residência por Alisson. Não vê que

queira incriminar inocente ou tenha alguma rixa com o sentenciado.

A testemunha Sidney, policial militar, disse que **foram acionados algumas horas antes por uma vizinha que viu nas imagens das câmeras dois indivíduos em atitude estranha**. No local, abordaram Alisson, que estaria próximo a residência de Marcio, sendo que nada de ilícito foi encontrado. Após, a vítima ligou falando que indivíduos haviam pulado o muro e furtado o tênis, **em patrulhamento encontraram Alisson, Márcio e um terceiro indivíduo transitando em um veículo Uno. Alisson confessou o furto dizendo que havia deixado os objetos em uma casa próxima, mas nada foi encontrado. O pai do Márcio disse que teriam deixado um tênis em sua casa, o qual foi reconhecido pela vítima.**

Não há motivos para desmerecer o depoimento. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisesse prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indício de que queira mentir. Ele deseja, sim, apresentar 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 (artigo 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 (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que o integrante da Polícia Militar 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.

Ressalta-se que as partes desistiram da oitiva da testemunha Marcos, o que foi homologado pelo douto Magistrado (fls. 132).

As **provas são robustas da participação do apelante no crime**. A confissão do recorrente foi corroborada pela declaração da vítima, bem como pelos depoimentos das testemunhas. Os bens foram encontrados no local indicado pelo recorrente e devolvidos à vítima (fls. 7).

Ademais, a **qualificadora da escalada** foi comprovada pela confissão do apelante, corroborada pelas declarações da vítima e testemunhas policiais militares, além da perícia técnica do local, instruída com fotografias, a qual atestou que *"O referido muro, em sua face interna, apresentava marcas recentes de sujidades, do tipo escalada (Fotografias 2 e 3)"*, fls. 28 e 30.

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).

No mais, a consumação estava perfeita, inexistindo tentativa, ao contrário do que se sustenta, porque é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a consumação do delito se aperfeiçoa com a efetiva inversão da posse da coisa alheia, irrelevante a circunstância de ter o bem sido recuperado, em razão da prisão do furtador, logo após a subtração.

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

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.

Pondera-se que o “crime de bagatela”, ou o “postulado da insignificância penal”, expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no modelo legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, como exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo (HC 107082/RS – Rio Grande do Sul – 2ª T. STF – Rel. Min. Ayres Britto – J. 27.3.2012).

Ensina o Min. Celso Mello que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessária à

própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade, ao **explicar o uso do “princípio da insignificância”** (HC 92910/RJ – Rio de Janeiro – 2ª T. STF – J. 20.11.2007).

Lembre-se, no entanto, 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 (HC 115591/PE – Pernambuco – 1ª T. STF – Relª. **Minª. Rosa Weber** – J. 9.4.2013).

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).

Caso contrário, não se pode usar a tese para rechaçar a conduta típica e antijurídica, pois o **“O legislador ordinário, ao qualificar a conduta incriminada, apontou o grau de afetação social do crime, de sorte que a relação existente entre o texto e o contexto (círculo hermenêutico) não pode conduzir o intérprete à inserção de uma norma não abrangida pelos signos do texto legal”** (HC 113369/MG – Minas Gerais – 1ª T. STF – Rel. **Min. Luiz Fux** – J. 26.2.2013).

O **criminoso contumaz**, por exemplo, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. **O princípio em análise não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas**, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando **constantes**, devido a sua **reprovabilidade**, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal (HC 110841/PR – Paraná – 2ª T. STF – Rel.^a **Min.^a Cármen Lúcia** – J. 27.11.2012).

Ademais, para se aplicar o princípio da insignificância, **deve-se observar o bem protegido** (HC 100986/PR – Paraná – 1ª T. STF – Rel. **Min. Marco Aurélio** – J. 31.5.2011).

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 em tela, embora o bem tenha sido avaliado em R\$ 150,00, um par de tênis (fls. 15), deve-se considerar o elevado grau de reprovabilidade do comportamento do recorrente, o qual tem maus antecedentes e é reincidente (fls. 49/52).

A **conduta não era minimamente ofensiva**, mas ousada, adentrou-se no imóvel da vítima, mediante escala e durante a madrugada, e de lá subtraiu-

se os bens, sendo que o caso foi descoberto pela manhã (fls. 4), **havia periculosidade social**, pois não se pode permitir que alguém ingresse na residência de alguém e leve, sem qualquer sanção, bens de pequeno valor, sob pena de incentivar tal prática; **não havia reduzido grau de reprovabilidade do comportamento**, porquanto, conforme lembrando, o apelante já sabia das danosas consequências de sua conduta e não refreou sua intenção de furtar e a **lesão jurídica inexpressiva** era expressiva.

A pena não comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada 1/6 acima do piso, diante dos maus antecedentes que ostenta o apelante (autos nº 0004063-83.2016, fls. 50/51) tem-se: dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa.

Na **segunda fase**, o recorrente é multirreincidente, ostentando três condenações anteriores (autos nº 0004050-84.2016, fls. 50; 0003974-31.2014, fls. 50; e 0002970-51.2017, fls. 49) a agravante foi parcialmente compensada com a atenuante da confissão espontânea, externada pelo recorrente em juízo, com aplicação da Súmula 545 do Preclaro Superior Tribunal de Justiça, a pena foi majorada em mais 1/6, obtendo-se dois (2) anos, oito (8) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa (corrige-se erro material, por erro aritmético, nota-se que constou na respeitável sentença 14 dias-multa)

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, *in verbis*: "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 – destacou-se).

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

A pena é final, pois mais nada a altera.

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

Incabível, outrossim, a pretendida **exclusão da pena de multa**, por

falta de amparo legal. Trata-se de sanção cominada cumulativamente à pena privativa de liberdade, certo que eventual impossibilidade de cumprimento deverá ser analisada, em procedimento próprio, pelo Juízo das Execuções.

A fixação da pena de multa deve observar o sistema trifásico (*REsp 1777169/AL* – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 14.5.2019 – Dje 23.5.2019. Em outro momento: “4. Em se considerando que o número de dias-multa varia de 10 a 360, não se constata o alegado constrangimento ilegal em face da fixação de 100 dias-multa, diante da observância do sistema trifásico, com a presença de quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo que, quanto à situação econômica do réu, critério norteador para a definição do valor do dia-multa, a estreita via do habeas corpus não é adequada à revisão do entendimento fixado pelas instâncias ordinárias, dada a necessidade de análise fático-probatória. Precedente” – negritou-se – *HC 273483* – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 14.2.2017 – Dje 23.2.2017. Ainda: “1. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, após afirmar que a quantidade de dias-multa deveria obedecer aos critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, passou a definir que a pena de multa deveria ser estabelecida de forma proporcional à privativa de liberdade imposta, obedecendo ao sistema trifásico (art. 68 do Código Penal)” – *Resp 1756117/RS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. 7.5.2019 – DJe 10.5.2019. Veja-se *Edcl no AgRg no AREsp 1077743/RS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – J. 23.4.2019 – DJe 7.5.2019. Em outras palavras, não se trata de verificar as condições econômicas do agente, para isso se fixa o valor de dia-multa, devendo-se atentar às circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, causas de diminuição e de aumento.

Em razão da reincidência, não é possível o reconhecimento do privilégio, nos termos do disposto no § 2º, do artigo 155, do Código Penal.

O regime inicial fechado está compatível com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ele ostenta maus antecedentes e é multirreincidente, inclusive, na prática de crimes patrimoniais (fls. 49/52), incide, pois, o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal. Nota-se que o apelante, mesmo não tendo cometido crime com grave ameaça ou violência, tinha habilidade na prática delitiva, mediante escalada, pulou o muro e adentrou no imóvel da vítima, conseguindo subtrair os bens. Ele demonstra **tendência delitiva, periculosidade e ousadia**.

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).

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

Pelo só fato de haver delito sem grave ameaça ou violência não impera regime mais benéfico desde já. Deve-se ter em mente o lugar em que é cometido, no caso, no interior do Estado; o momento, durante a madrugada; as condições subjetivas de quem o pratica, reitere-se, pela última vez, por alguém é reincidente, com reiteração na prática de delitos, conhecido dos meios policiais.

O maior rigor é exigível, tal qual fez o douto Magistrado, com prudência e acerto.

Embora divergente nos pretórios, já se decidiu que: *“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.

Assim, efetiva-se a retribuição, prevenção e ressocializações criminais.

Ademais, **inconcebível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos**, já que o artigo 44, inciso II, do Código Penal veda substituição na hipótese de réu não for reincidente em crime doloso, bem como, inviável a concessão de "sursis", uma vez que não atendidos os requisitos impostos pelo artigo 77, I e II, do Código Penal. Sem desconsiderar que essa medida não é socialmente recomendável nem suficiente e adequada para prevenir a reiteração de condutas de mesma natureza.

Em arremate, 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. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo não provimento do recurso, corrige-se, apenas, erro material, para fazer constar doze (12) dias-multa.

Recurso solto (fls. 141). Por força do recente entendimento firmado, por maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de ser constitucional a regra inserta no Código de Processo Penal (art. 283), que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, **expeça-se mandado de prisão em desfavor do recorrente após o trânsito em julgado da condenação.**

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.