



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000357628

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0020599-04.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante REINALDO PEREIRA DE SOUZA, 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 afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo, redimensionando a sanção em um (1) ano, nove (9) meses e vinte e três (23) dias de reclusão e pagamento de (8) dias-multa, no mais, mantida a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, com determinação nos termos do voto do E. Relator. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16274

Apelação Criminal nº 0020599-04.2023.8.26.0050

Comarca: 16ª Vara Criminal de São Paulo

Juíza de Direito: doutora Maria Domitila Prado Manssur

Apelante: Reinaldo Pereira de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréu: Diego Ribeiro Santos

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

I. CASO EM EXAME

1. Reinaldo foi condenado a dois anos e vinte e seis dias de reclusão, em regime inicial fechado, por tentativa de furto qualificado de 22 quilos de cobre de um imóvel desocupado, em concurso com Diego Ribeiro Santos. A defesa apelou pedindo absolvição por insuficiência de provas, afastamento das qualificadoras, diminuição da pena-base, afastamento da reincidência, regime inicial mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a suficiência das provas para a condenação, (ii) a presença das qualificadoras de rompimento de obstáculo e concurso de agentes, e (iii) a adequação da dosimetria da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo depoimentos de policiais militares que flagraram os acusados no local.

4. O rompimento de obstáculo não foi demonstrado por perícia, exigindo seu afastamento. A qualificadora de concurso de agentes foi mantida, pois evidenciada pela divisão de tarefas entre os acusados.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo, redimensionando a pena para um ano, nove meses e

vinte e três dias de reclusão, mantendo-se o regime inicial fechado.

Tese de julgamento: 1. A ausência de perícia impede a manutenção da qualificadora de rompimento de obstáculo. 2. A divisão de tarefas caracteriza o concurso de agentes.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 155, § 4º, incisos I e IV; art. 158; art. 33, § 2º, b; art. 44, incisos I, II e III; art. 59; art. 64, inciso I.

Constituição Federal, art. 144, incisos IV e V, § 4º e § 5º.

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

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

TACRIM, Ap. 440.643-6, 8ª Câmara, Rel. Juiz Canguçu de Almeida, j. 23.07.86.

TACRIM, Ap. nº 1.047.937/5, Rel. Juiz Carlos Biasotti.

STJ, HC 456.927/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 12.3.2019.

STJ, REsp n. 1.741.828/SP, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4.9.2018.

STJ, HC 540836/SP, T5, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 19.11.2019.

STJ, AgRg no REsp 1840109/PR, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.11.2019.

STJ, HC 530738/RS, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 8.10.2019.

STJ, AgRg no HC 502995/MS, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15.8.2019.

STJ, HC 509437/SP, T5, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.6.2019.

STJ, Habeas Corpus 166.471/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, j. 28.6.2011.

STF, RHC 134829/RJ, 2T, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.3.2017.

STF, HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches.

STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, Rel. Min. Anselmo Santiago.

STF, RHC 64.970.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 488/489

O apelante, **Reinaldo**, foi condenado à pena de dois (2) anos e vinte e seis (26) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de dez (10) dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no **artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal**, com possibilidade de apelar em liberdade, porque no dia **13.1.2018**, por volta de **11h20**, na rua Américo Brasiliense, nº 1747, bairro Santo Amaro, São Paulo/SP, **Reinaldo** e *Diego Ribeiro Santos*, agindo em concurso e unidades de desígnios, mediante rompimento de obstáculo, tentaram subtrair para eles, 22 (vinte e dois) quilos de cobre, avaliados em R\$ 300,00 (trezentos reais), conforme auto de exibição, apreensão e entrega de fls.14, de um imóvel desocupado, não se consumando, por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. Policiais militares em patrulhamento de rotina depararam-se com um imóvel que estava desocupado, disponível para locação, com a porta de acesso arrombada. Em diligência ao interior do imóvel surpreenderam **Reinaldo** no banheiro e, no forro, detiveram o acusado *Diego*, ao passo que no salão do imóvel estava a “res furtiva”, já separada em um saco, pronta para ser subtraída.

Foi determinado o desmembramento dos autos principais (nº 0000848-95.8.26.0635) em relação a **Reinaldo** (fls. 448).

Nas razões de apelação, oferecidos pela **Defesa**, sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** afastamento das qualificadoras referente ao rompimento de obstáculo e concurso de agentes; **c)** diminuição da pena-base aplicada; **d)** afastamento da agravante da reincidência; **e)** fixação de regime inicial mais brando e **f)** substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (fls. 500/516).

Contrarrazões a fls. 525/537, requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 30.1.2025 (fls. 538).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls. 548/559).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ às fls. 258/260 e 452.

II – Fundamentação

O apelo merece parcial provimento, respeitando o entendimento da dedicada e ilustre Magistrada, doutora Maria Domitila Prado Manssur.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 2, boletim de ocorrência de fls. 7/9, auto de exibição e apreensão de fls. 10, laudo pericial do local de fls. 214/216 e prova produzida em Juízo, subtraiu-se bens com valor econômico.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, Reinaldo e o corréu Diego ficaram em silêncio, respaldados em norma de ordem constitucional (fls. 15 e 21).

Em juízo, embora devidamente intimado (certificado a fls. 154 e 460), o apelante não compareceu a audiência de instrução, debates e

julgamento, sendo declarado revel (fls. 242, 341 e 469/470).

O corrêu Diego, em juízo, contou que **entrou nesse lugar para dormir, não estava com esse outro indivíduo, porque ele nem o conhece.**

O representante da vítima L. C. declarou que administra o imóvel, trata-se de um galpão, o pessoal do posto de gasolina, que fica ao lado, viu os indivíduos entrando no imóvel e chamou a Polícia. **A Polícia fez a prisão das pessoas. Pela placa de “aluga” identificaram-no, que apenas compareceu a delegacia para formalizar a situação.** Não viu nenhum deles. Não lhe mostraram ninguém. **Acredita que entraram pulando o muro e arrombando a porta. Pelo que se recorda, viu a porta arrombada. Eles tentaram furtar cabos de cobre.** O produto do furto já estava com os policiais. Acredita que a polícia chegou e deteve os indivíduos no local.

“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 Cícero, policial militar, depôs que estavam em patrulhamento e **depararam-se com um imóvel com placa de locação, mas com o portão arrombado**. Adentraram ao local, **no interior foi localizado Reinaldo no banheiro e Diego no forro do telhado. Próximo ao banheiro tinha uma sacola, contendo cobre e algumas ferramentas**. Deram voz de prisão e conduziram-nos até do Distrito Policial. Não se recorda da versão apresentada pelos indivíduos no momento da abordagem.

Adenicio, policial militar, no mesmo sentido, disse que estavam em patrulhamento e **avistaram um comércio com a porta semiaberta, ao adentrar no local, localizaram dois indivíduos e alguns objetos, fios, dentro de um saco plástico, que seriam furtados**. Os indivíduos estavam em locais diversos. **Um estava no banheiro e outro estava no forro do imóvel**.

Não há motivos para rechaçar os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o recorrente não demonstrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste mostras que queiram mentir. Eles desejam, sim, mostrar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144,

§ 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

As provas são robustas e incriminam o apelante.

Embora Reinaldo não tenha tido interesse em apresentar sua versão sobre os fatos. As declarações do representante da vítima foi corroborada pelas declarações dos policiais militares, que perceberam a ação criminosa e conseguiram impedir a consumação do furto, eles surpreenderam o recorrente e o corréu ainda no interior do imóvel, sendo que Diego estava no forro do telhado, enquanto Reinaldo ficou em um dos cômodos, próximo ao recorrente havia um saco plástico contendo a "res furtiva", que eles já tinham separado para subtraí-la do local, a qual foi apreendida (fls. 14).

Ademais, como se viu, o recorrente e o corréu percorreram grande parte do "inter criminis", já haviam ingressado no local e separado os fios de cobre que desejavam levar, sendo surpreendidos na fase da execução e impedidos de consumir a ação delitiva. Assim, **não se verifica atipicidade da conduta.**

O *concurso de agentes* ficou comprovado pelas declarações da vítima e pelos depoimentos dos policiais militares, pois confirmaram que Reinaldo e Diego estavam no local dos fatos, sendo que enquanto um deles estava no forro do telhado, o outro estava no banheiro ao lado do saco plástico contendo 22 quilos de cobre, que estavam sendo separados para subtraírem, sendo evidente a unidade de desígnios e a divisão de tarefas,

próprias do concurso de pessoas, que estão bem evidenciadas nos elementos probatórios.

O rompimento de obstáculo, todavia, não foi demonstrado.

No laudo pericial do local, instruído com fotografias, constou: *"Trata-se de imóvel comercial, de grande porte, localizado na Rua Américo Brasiliense, 1747, São Paulo/SP. Trata-se de imóvel disposto à locação. Imóvel vedado por portões de metal de aproximadamente 2,70 metros de altura"; "Constatados vestígios de cabos de cobre seccionados no interior do imóvel" e "Constatados vestígios de retirada de equipamentos elétricos do interior do imóvel" (fls. 219/220).*

Embora tenha atestado vestígios da retirada dos fios de cobre do local, não consta informações acerca do arrombamento da porta.

Como sabido, tratando-se de infrações que deixam vestígios, é imprescindível a demonstração do arrombamento por meio de exame pericial do local, conforme dispõe o artigo 158, do Código de Processo Penal.

A ausência de informações sobre evidências do arrombamento, causa dúvidas em relação a presença da qualificadora.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, E ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, C.C. O ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FURTO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. OUTROS MEIOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA.

*PRECEDENTES. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CONSIDERADO O ITER CRIMINIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. INVERSÃO DO JULGADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO WRIT. AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. REGIME FECHADO. CABIMENTO. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **É imprescindível, para a constatação da qualificadora referente à escalada no crime de furto, a realização do exame de corpo de delito, o qual pode ser suprido pela prova testemunhal ou outro meio indireto somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, o que não foi evidenciado nos autos.** 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes, na primeira fase, bem como para agravar a pena, na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as anotações sejam de fatos diversos, como no caso. 3. As reduções das penas privativas de liberdade em razão das tentativas foram aplicadas com base no iter criminis percorrido pelo Agente, não se mostrando inidôneo tal proceder. 4. A inversão do julgado, de forma a verificar se deve ser aplicada a fração máxima do redutor pela tentativa, implicaria profunda análise do arcabouço fático-probatório, o que é defeso na via estreita do habeas corpus. 5. A causa de aumento de pena prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, relativa à prática de furto durante o repouso noturno, é aplicável na qualificada do*

delito, bem como independe se o local está habitado. 6. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em menos de 4 (quatro) anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, o que levou à fixação da pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, encontra-se justificado o estabelecimento do regime prisional fechado, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal. 7. É possível a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de origem quando esgotada a jurisdição ordinária. 8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão recorrido, afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, restabelecendo-se a sentença" (HC 456.927/SC - Rel. Ministra Laurita Vaz – Sexta Turma – j. 12.3.2019). Grifou-se.

Na 11ª Câmara de Direito Criminal, veja-se:

"Furto qualificado – Confissão extrajudicial – Revelia em juízo – Depoimentos da vítima e policiais militares seguros e coerentes – Ausência de motivos para negar valor a estes testemunhos – Prova suficiente – Princípio da insignificância – Não aplicação – Condenação mantida; Furto qualificado – Rompimento de obstáculo – Perícia – Necessidade – Inteligência do art. 158 do Código de Processo Penal – Qualificadora afastada (...)" (Apelação Criminal nº 0007810-37.2018.8.26.0635 – Rel. Alexandre Almeida – j. em 17.6.2020).

"Furto Rompimento de obstáculo Ausência de perícia Infração que deixa vestígios Inocorrência Inteligência do art. 158, do Código de Processo Penal Recurso do Ministério Público improvido (...)" (Apelação nº 0086099-71.2010.8.26.0050 – Rel. Alexandre Almeida – j. em 8.10.2018).

Assim, é de rigor o afastamento da qualificadora em estudo.

A dosimetria exige reparo.

Na **primeira fase**, a **pena-base pode ser fixada 1/6 acima do mínimo legal** pelos **maus antecedentes** (autos nº 63/1999, fls. 304 e 464; e 314/1995, fls. 303/304 e 464), tem-se **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão e onze (11) dias-multa.**

O conceito de maus antecedentes abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos.

Nesse sentido a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes” (REsp n. 1.741.828/SP – T5 – Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi – J. em 4.9.2018). Na mesma linha de entendimento: HC 540836/SP - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE) - J. em 19.11.2019 - DJe em 25.11.2019; AgRg no REsp 1840109/PR - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 19.11.2019 - DJe em 3.12.2019; HC 530738/RS - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 8.10.2019 - DJe em 14.10.2019; AgRg no HC 502995/MS - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - J. em 15.8.2019 - DJe em 23.8.2019 e HC 509437/SP -

T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Félix Fischer - J. em 18.6.2019 - DJe em 25.6.2019.

O direito ao esquecimento cabe a quem não comete mais delito. Aquele que, novamente, reitera ou reincide em uma infração penal, até mesmo para a individualização penal, concreta, deve ter seu passado verificado. Isso não é perpetuar uma condenação e, sim, efetivar o princípio da isonomia, no caso, tratar desiguais desigualmente, um primário não pode ter pena igual a quem tem histórico de antecedentes passados.

Na **segunda fase**, presente a agravante da **reincidência** (autos nº 93255/2008 , fls. 463 e 305, cuja pena foi cumprida em 23.7.2014 fls. 306 e extinta em 1.12.2017, fls. 303), sendo que o delito em questão foi cometido em 13.1.2018, ou seja, dentro do prazo de cinco anos, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, assim, a pena é 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.

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

Na hipótese dos autos, diante da pluralidade de condenações definitivas ostentadas pelo recorrente, é perfeitamente possível que sejam consideradas em fases distintas da dosimetria para justificar o respectivo aumento, não havendo se falar em ofensa ao enunciado da Súmula 241 do STJ. Aliás, o entendimento consolidado no **Superior Tribunal de Justiça** é

no sentido de que *"se o réu possuir mais de uma condenação transitada em julgado, não há bis in idem por algumas delas serem consideradas como maus antecedentes, a exasperar a pena-base acima do mínimo legal, e que as outras sejam utilizadas para se reconhecer a reincidência, agravando, assim, a reprimenda na segunda fase do cálculo da pena. É que, em tais casos, não se trata de valoração do mesmo fato em momentos distintos da fixação da pena, o que preserva a Súmula 241 do STJ". (Habeas Corpus 166.471/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Julg. 28.6.2011).*

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

Considerando a **tentativa** e o "iter criminis" percorrido, uma vez que os fios já tinham sido separados e os agentes estavam prestes a sair do local na posse dos bens, ou seja, o furto aproximou-se da consumação, aplicou-se a fração de 1/3, a pena chega em um (1) ano, nove (9) meses e vinte e três (23) dias de reclusão e pagamento de (8) dias-multa.

A pena é final, pois nada mais a modifica.

O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime inicial fechado pode ser mantido.

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 superior a quatro anos, registra histórico criminal desfavorável, com **maus antecedentes e reincidência**, demonstrando que as condenações anteriores não foram suficientes para a sua ressocialização, visto que mantém conduta social inapropriada.

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

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

Decidiu perpetrar furto qualificado pelo concurso de agentes adentrando em estabelecimento comercial, durante o dia, e subtraindo a fiação de cobre, causando prejuízo à vítima, diante dos danos.

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).

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 – 2T – 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).

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (art. 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: ***“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59.”*** (HC nº 70.289-SP - 1ª Turma - Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

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

A redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, permite a escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas. Porém, deixa-se no regime eleito, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Acrescente-se que se houver execução, provisória ou definitiva, esse juízo será feito necessariamente.

Por fim, não se pode substituir a pena por restritivas de direitos ou conceder-se a suspensão condicional da pena, pois ausentes os seus pressupostos (artigo 44, II e III, e 77, ambos do Código Penal). Como visto, ele ostenta condenações anteriores e tornou a delinquir, a revelar que tais medidas não se mostram suficientes, *in casu*, como resposta penal, dada a sua insistência em se enveredar pela senda criminosa.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo, redimensionando a sanção em um (1) ano, nove (9) meses e vinte e três (23) dias de reclusão e pagamento de (8) dias-multa, no mais, mantém-se a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso solto (fls. 491). 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.