



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000358720

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502344-78.2024.8.26.0537, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante CLAUDIO HENRIQUE SANTOS DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1502344-78.2024.8.26.0537

Apelante: Cláudio Henrique Santos de Oliveira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Bernardo do Campo

Magistrada: Fernanda Alves da Rocha Branco de Oliva Politi

Voto 10871

EMENTA. Apelação Criminal. Furto qualificado e falsa identidade. Subtração de fiação elétrica. Pleito da defesa pela absolvição por insuficiência probatória, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP. Impossibilidade. Autoria e materialidade delitivas demonstradas. Robusto conjunto probatório que lhe é desfavorável. Suficiência para a comprovação dos fatos. Condenação mantida. Prova oral. Dosimetria escoreita. Regime fechado mantido para o crime de furto e regime semiaberto mantido para o crime de falsa identidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de apelação interposta por Cláudio Henrique Santos de Oliveira, contra a sentença (fls. 121/129), que o condenou como incurso nas sanções do artigo 155, “caput”, parágrafo quarto, inciso I, combinado com o artigo 14, inciso II, e no artigo 307, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 09 (nove) dias-multa, além de 04 (quatro) meses e 14 (catorze) dias de detenção, em regime inicial semiaberto.

Em suas razões, a Defesa pleiteou a absolvição por insuficiência probatória, ou o afastamento da qualificadora. Subsidiariamente, requereu a redução da pena base, a aplicação da atenuante da confissão, a redução em fração da tentativa em maior patamar, a fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (fls. 141/147).

Regularmente processado o recurso, com apresentação de contrarrazões (fls. 150/159).

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer, ofertou manifestação pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 175/180).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro, da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Sobreveio a condenação porque o apelante, em 03 de novembro 2024, por volta das 04:00 horas, na Avenida José Odorizzi, altura do prédio 2471, no Bairro Assunção, na Cidade e Comarca de São Bernardo do Campo, Cláudio Henrique Santos de Oliveira tentou subtrair, para si, mediante rompimento de obstáculo, fios de cobre que estavam instalados em sinal semafórico e posto de iluminação pública para garantir o fornecimento de energia elétrica, pertencentes à Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo, somente não se consumando o crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Consta ainda nestes autos de inquérito policial que, no mesmo dia e local acima descritos, durante a abordagem pessoal, Cláudio Henrique Santos de Oliveira atribuiu-se falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio, ao se apresentar como Ozéias Henrique Oliveira Rocha aos guardas civis municipais.

Segundo apurado, no dia dos fatos, o acusado, com vistas à subtração de fios de cobre, munuiu-se com uma marreta e se dirigiu à Avenida José Odorizzi.

No local, aproveitando-se do horário noturno, da ausência de pessoas e da aparente falta de vigilância, ele se agachou próximo ao sinal semafórico e ao poste de iluminação pública e, usando a marreta, os danificou para alcançar os fios de cobre.

Em seguida, ele os cortou para, enfim, subtrai-los.

Durante a ação delitiva, o indiciado foi surpreendido pela presença da Guarda Civil Municipal. Assim, ao perceber a aproximação dos

agentes públicos, ele correu e pulou em uma galeria de esgoto.

O acusado seguiu em fuga pelo local até se deitar em meio ao esgoto, tudo para evitar a prisão em flagrante.

Quando finalmente foi detido pelos guardas, o réu, de maneira informal, admitiu que estava furtando a fiação do semáforo e do poste de luz.

Em seu poder, foi apreendida a marreta usada no crime.

E ainda, durante a abordagem pessoal, o indiciado se apresentou aos agentes públicos como Ozéias Henrique Oliveira da Rocha e, sob essa qualificação, foi preso em flagrante e conduzido à Delegacia de Polícia.

Nas dependências do Distrito Policial, realizou-se o procedimento de legitimação à distância (LEAD) do acusado, do qual resultou na sua verdadeira identificação como Cláudio Henrique Santos de Oliveira, pessoa com extenso histórico criminal que, inclusive, estava em livramento condicional.

Assim agindo, o acusado se atribuiu falsa identidade para evidentemente ocultar seus antecedentes.

O crime de furto apenas não se consumou em razão da rápida e eficaz atuação da Guarda Civil Municipal.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 10/13), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 16), pelos laudos periciais do local dos fatos (fls. 87/94) e da ferramenta apreendida (fls. 95/96), bem como pela prova oral produzida.

A autoria, igualmente, resultou devidamente comprovada pela prova oral e especialmente pelos depoimentos coligidos em audiência.

Na fase policial (fl. 09), o acusado permaneceu em silêncio.

Ao ser interrogado, em Juízo, confessou parcialmente a prática dos delitos, aduzindo que passava pelo local e tentou subtrair os fios, que pretendia vender e que já estavam soltos. Afirmou que as barreiras de concreto já estavam quebradas e não utilizou a marreta que estava em seu poder, pois não foi

preciso. Admitiu que se identificou com o nome de Ozéias, pessoa que não conhecia, mas da qual achou o documento e memorizou seus dados, sem que tivesse agido assim por algum motivo específico, não sendo verdade que o tenha feito em razão de seus antecedentes.

A testemunha Magda Stein Molina, guarda municipal, afirmou que, na data e horário do ocorrido, estavam em patrulhamento de rotina e, ao chegar ao local dos fatos, visualizaram um indivíduo agachado em via pública com uma marreta nas mãos furtando fios de semáforo e iluminação. Que, ao avistar a presença dos guardas, ele correu e pulou em uma galeria de esgoto. Em seguida, o autor correu uns 500 metros e se deitou no meio do esgoto. Ao ser capturado, ele admitiu que estava furtando fiação do local e que se qualificou como Ozéias. Ele chegou a cortar os fios, mas não conseguiu retirá-los do local pois foi interrompido pela ação dos guardas. Diante dos fatos, o conduziram até a presente unidade policial para a adoção das providências legais de polícia judiciária cabíveis. Após esperar na distrital, ficou sabendo que sua qualificação era outra por meio de consulta ao IIRG por partes dos policiais civis desta distrital.

A testemunha Jucemar Batista dos Santos, guarda municipal, ratificou os termos de sua colega Magda Stein Molina.

A começar pela confissão do acusado, realizada em Juízo, sob o crivo do contraditório e na presença de seu defensor. Assinalo que não há nos autos qualquer motivo para desacreditar nessa confissão, eis que também corroborada pelo restante do conjunto probatório, de modo que se afigura como prova válida e eficaz, consoante artigo 197 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

“A confissão judicial, exceto especialíssimas circunstâncias, tem especial valor para o deslinde da causa, mormente quando se encontra em consonância com os demais elementos de convicção coligidos no processo, sob o crivo do contraditório, não pairando dúvidas quanto à prática delituosa e à autoria atribuída aos apelantes. Assim, é o que basta para a fundamentação da sentença condenatória, ainda que fosse a confissão o único elemento incriminador a pesar em desfavor dos réus, somente perdendo sua força se contrariada pelas provas colhidas em juízo, o que não é o caso” (TJSP, Apelação Criminal 990.09.274150-0, 14ª Câmara de Direito Criminal, Relator Des. Marco Antônio de Lorenzi, Data de registro 23/04/2010).

“A confissão espontânea, não posta em dúvida por qualquer

elemento nos autos, constitui prova valiosa para justificar a condenação” (TACRIM/SP, Apelação 134.893-1/8, Relator Antonio Mansur, Julgado em 05/05/2003).

“A confissão judicial, sem margem para divagação doutrinária ou hermenêuticas, constitui elemento seguríssimo de evidente prova” (JUTACRIM 93/236).

Assim, a prova exsurgiu cristalina de que o delito ocorreu e foi cometido pelo acusado, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pelas testemunhas na fase policial e em juízo, que conta ainda com a confissão do réu, formando uma boa e robusta prova incriminadora.

Verifica-se que, no caso vertente, a prova oral é robusta em apontar a prática dos delitos do artigo 155, § quarto, inciso I, com o artigo 14, inciso II, e artigo 307, ambos do Código Penal.

O conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o apelante praticou o delito de furto qualificado, na forma tentada, não havendo como afastar de sua conduta a intenção de assenhoreamento do bem.

Ainda, não há razão para afastar a qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo, uma vez que restou comprovada por meio do laudo pericial acostado aos autos (fl. 90) que: *“O provável acesso aos cabos de fiação elétrica da via se deu por desobstruções da barreira de concreto de separação das pistas do Viaduto João Fernandes Filho (Figura 03)”*

O laudo concluiu ainda que *“o autor teria desobstruído a barreira de concreto de separação das pistas do Viaduto João Fernandes Filho, seguido de secção dos cabos de fiação elétrica dos postes de iluminação pública da via”*.

Quanto ao crime de falsa identidade, também não houve qualquer dúvida em relação à autoria delitiva, uma vez que o réu identificou-se aos guardas como Ozéias Henrique Oliveira Rocha, a fim de ocultar sua verdadeira identidade, já que estava em cumprimento de pena, tendo sido descoberta a sua verdadeira qualificação apenas na Delegacia de Polícia, após reconhecimento das digitais, o que foi confirmado pelos depoimentos das testemunhas em juízo.

Dessa forma, uma vez configurado os crimes de furto e falsa identidade, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado, a materialidade delitiva e a autoria resultaram incontroversas e devidamente

comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção colhidos ao longo da *persecutio criminis*.

Dessa forma, diante do conjunto probatório coligido nos autos, não há dúvidas em relação à autoria e à materialidade do delito.

Portanto, inviável a aplicação dos princípios da presunção da inocência ou “*in dubio pro reo*”.

Passo à análise das reprimendas.

Dosimetria referente ao crime de falsa identidade.

Em atenção aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, a Juíza *a quo* fixou a basilar $\frac{1}{4}$ acima do mínimo legal, em razão dos péssimos antecedentes ostentados pelo réu e conduta social (Processo 0002756-72.2009.8.26.0161 pena indultada com base no Decreto de 2017 - fls. 44/45, Autos 0002914-58.20211.8.26.0323 - pena extinta em 10/07/2019 - fl. 47 - Autos 1501067-27.2024.8.26.0537 – fls. 48), uma vez que o crime foi cometido enquanto cumpria pena em livramento condicional, resultando em 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção.

Na segunda fase, não houve o reconhecimento de circunstâncias atenuantes e agravante da multirreincidência (fls. 45/46 - Processo Penal 1500008-36.2022.8.26.0161 - fl. 45 – Processo Penal 1500424-40.2022.8.26.0537) ocasionou o incremento da sanção na fração de $\frac{1}{5}$ (um quinto), objeto de insurgência da combativa Defesa, todavia, sem razão.

Na hipótese, como bem ressaltou a culta Sentenciante a confissão não foi completa no que tange a finalidade pela qual praticou o crime, visto que negou ter se identificado com outro nome para se beneficiar em razão de seu histórico criminal e por estar em cumprimento de pena, sustentando que o fez sem qualquer motivação, o que não encontra amparo no conjunto probatório e não faz sentido.

E repise-se que a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência não é automática quando se trata de réu multirreincidente.

Conforme o Tema 585, do STJ, a compensação integral

da confissão espontânea com a reincidência só é possível nos casos de reincidência simples. Quando há múltiplas reincidências, como no presente caso, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, incabível, aliás em consonância com o decido pela Suprema Corte, por suas duas Turmas, valendo destacar:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REVISÃO DE DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.468.264, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Julgado em 04/03/2024).

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A dosimetria da pena está ligada ao mérito da ação penal, ao juízo que é realizado pelo magistrado sentenciante após a análise do acervo probatório ameadado ao longo da instrução criminal. Daí ser inviável, na via estreita do Habeas Corpus, reavaliar os elementos de convicção, a fim de se redimensionar a sanção. O que está autorizado, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é apenas o controle da legalidade dos critérios invocados, com a correção de eventuais arbitrariedades. 2. Do exame das instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conteúdo fático-probatório, depreende-se que a fixação da pena foi devidamente fundamentada com base nos elementos colhidos sob o crivo do contraditório, dentro da margem de discricionariedade prevista em lei, o que se presta a justificar a valoração efetuada. Ficou registrado, a propósito, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, assim como a relevante função exercida pelo paciente em estruturada organização criminosa. 3. Destacado pela instância ordinária a inexistência de confissão, torna-se inviável, nesta via estreita, proceder a investigações de natureza probatória com o objetivo de emprestar ao relato do agente “o grau de valoração exigido para qualificá-lo como confissão espontânea, assim entendida como aquela ‘que decorre da livre disposição do agente de procurar a autoridade para, evidenciando alto

grau de responsabilidade moral, informar a prática da infração penal e assim ajudar no seu pronto esclarecimento' (BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, Página 146). (Habeas Corpus 120992, Relator Teori Zavascki, DJE de 7/5/2014). Agravo Regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental a que se nega provimento” (STF, Primeira Turma, Habeas Corpus 217.528, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Julgado em 22/08/2022).

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL MAIS BENÉFICO. ARTIGO QUINTO, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 929. 1. Os preceitos constitucionais concernentes à retroatividade da norma penal benéfica e à irretroatividade da norma mais gravosa (CF, art. 5º, XL) são inaplicáveis aos precedentes jurisprudenciais. 2. O Supremo, na análise do Tema n. 929, assentou ser destituída de repercussão geral a questão alusiva à possibilidade ou não de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 3. Agravo interno desprovido” (STF, Segunda Turma, Agravo no Recurso Extraordinário com Agravo 1.458.990, Relator Ministro Nunes Marques, Julgado em 19/08/2024).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE CONFISSÃO ESPONTÂNEA AGRAVANTE REINCIDÊNCIA. COM A PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na esteira da pacífica jurisprudência desta Corte, o julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção 2. Não há ilegalidade na decisão que nega a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, uma vez que a reincidência é indicada pelo legislador como circunstância preponderante em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (artigo 67 do Código Penal). Precedentes. Agravo regimental desprovido” (Segunda Turma, Habeas Corpus 227.304, Relator Ministro Edson Fachin, Julgado em 26/06/2023).

“Habeas Corpus. 2. Concurso de agravantes e atenuantes. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Artigo 67 do CP. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3 Ordem denegada” (Segunda Turma, Habeas

Corpus 106.172, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 22/02/2011).

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição, restando a sanção consolidada em 04 (quatro) meses e 14 (quatorze) dias de detenção.

Dosimetria referente ao crime de furto.

Em atenção aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, a Juíza *a quo* fixou a basilar $\frac{1}{4}$ acima do mínimo legal, em razão dos péssimos antecedentes ostentados pelo réu e conduta social (Processo 0002756-72.2009.8.26.0161, com pena indultada com base no Decreto de 2017 - fls. 44/45 - Autos 0002914-58.20211.8.26.0323, com pena extinta em 10/07/2019 - fls. 47 - Autos 1501067-27.2024.8.26.0537 - fls. 48), resultando em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, o que se mantém.

Na segunda fase, não houve o reconhecimento de circunstâncias atenuantes e agravante da multirreincidência (fls. 45/46 - Processo Penal 1500008-36.2022.8.26.0161 - fl. 45 - Processo Penal 1500424-40.2022.8.26.0537) ocasionou o incremento da sanção na fração de $\frac{1}{5}$ (um quinto), objeto de insurgência da combativa Defesa, todavia, sem razão.

Como bem apontou a culta sentenciante, o réu não confessou plenamente o delito, pois afirmou que as barreiras de concreto já estavam quebradas.

Repise-se que a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência não é automática quando se trata de réu multirreincidente.

Conforme o Tema 585, do STJ, a compensação integral da confissão espontânea com a reincidência só é possível nos casos de reincidência simples. Quando há múltiplas reincidências, como no presente caso, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, incabível, aliás em consonância com o decidido pela Suprema Corte, por suas duas Turmas, valendo destacar:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REVISÃO DE DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.468.264, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Julgado em 04/03/2024).

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A dosimetria da pena está ligada ao mérito da ação penal, ao juízo que é realizado pelo magistrado sentenciante após a análise do acervo probatório amalhado ao longo da instrução criminal. Daí ser inviável, na via estreita do Habeas Corpus, reavaliar os elementos de convicção, a fim de se redimensionar a sanção. O que está autorizado, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é apenas o controle da legalidade dos critérios invocados, com a correção de eventuais arbitrariedades. 2. Do exame das instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conteúdo fático-probatório, depreende-se que a fixação da pena foi devidamente fundamentada com base nos elementos colhidos sob o crivo do contraditório, dentro da margem de discricionariedade prevista em lei, o que se presta a justificar a valoração efetuada. Ficou registrado, a propósito, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, assim como a relevante função exercida pelo paciente em estruturada organização criminoso. 3. Destacado pela instância ordinária a inexistência de confissão, torna-se inviável, nesta via estreita, proceder a investigações de natureza probatória com o objetivo de emprestar ao relato do agente “o grau de valoração exigido para qualificá-lo como confissão espontânea, assim entendida como aquela ‘que decorre da livre disposição do agente de procurar a autoridade para, evidenciando alto grau de responsabilidade moral, informar a prática da infração penal e assim ajudar no seu pronto esclarecimento’ (BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, Página. 146). (Habeas Corpus 120992, Relator Teori Zavascki, DJE de 7/5/2014).

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL MAIS BENÉFICO. ARTIGO QUINTO, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES

JUDICIAIS. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 929. 1. Os preceitos constitucionais concernentes à retroatividade da norma penal benéfica e à irretroatividade da norma mais gravosa (CF, artigo quinto, inciso, XL) são inaplicáveis aos precedentes jurisprudenciais. 2. O Supremo, na análise do Tema 929, assentou ser destituída de repercussão geral a questão alusiva à possibilidade ou não de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 3. Agravo interno desprovido” (Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.458.990, Relator Ministro Nunes Marques, Julgado em 19/08/2024).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE CONFISSÃO ESPONTÂNEA AGRAVANTE REINCIDÊNCIA. COM A PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na esteira da pacífica jurisprudência desta Corte, o julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção 2. Não há ilegalidade na decisão que nega a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, uma vez que a reincidência é indicada pelo legislador como circunstância preponderante em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (artigo 67 do Código Penal). Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido” (STF, Segunda Turma, Habeas Corpus 227.304, Relator Ministro Edson Fachin, Julgado em 26/06/2023).

“Habeas Corpus. Concurso de agravantes e atenuantes. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Artigo 67 do CP. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada” (Habeas Corpus 106.172, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 22/02/2011).

Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento

E a pena foi reduzida na fração de 1/3 em razão da tentativa, tendo a defesa apelado, requerendo a redução em maior patamar.

No tocante à fração de redução de pena a ser adotada no caso de tentativa de furto, a fração eleita deve considerar a proximidade que o *iter criminis* percorrido pelo agente o deixou do resultado naturalístico por ele almejado, qual seja, a subtração da *res*.

E, no caso, não comporta acolhimento a pretensão defensiva de diminuição na fração máxima legal, pois, como bem anotou o culto Procurador de Justiça em seu judicioso parecer: *“Isto pois o iter criminis percorrido pelo ora apelante aproximou-se muito da consumação do delito, vez que ele já havia rompido o obstáculo e cortado os fios elétricos que pretendia subtrair, só não consumando o delito por ter sido surpreendido pelos Guardas Civis Municipais”* (fl. 179).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. TENTATIVA. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 14, II, DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DE TENTATIVA BRANCA. INVIABILIDADE. OCORRÊNCIA DE LESÃO. FRAÇÃO ADEQUADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. À tentativa aplica-se a pena do delito consumado, reduzida de um a dois terços, devendo-se observar, na escolha da fração de redução, o iter criminis percorrido pelo agente, de modo a puni-lo com maior gravidade quanto mais se aproximar da consumação do delito. 2. No caso, a vítima foi efetivamente atingida pelos disparos efetuados pelos agentes, o que significa dizer que houve lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora e risco concreto de consumação do resultado morte, mostrandose adequada e proporcional a diminuição da pena no percentual equivalente 1/3 (um terço). 3. Consequentemente, descabido o reconhecimento da ocorrência de tentativa branca e a aplicação da fração máxima de diminuição prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, como pretendido pela defesa. Agravo regimental desprovido" (Agravo no AREsp 1330689/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 11/12/2018, DJE 01/02/2019)

Sendo assim, a pena definitiva do crime de furto resultou consolidada em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 09 (nove) dias-multa.

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo ante as condições financeiras do apelante.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena em relação ao crime de furto, malgrado o *quantum* punitivo e o fato de o delito não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, tendo em vista as condições judiciais desfavoráveis do apelado, que ostenta maus antecedentes praticou tornou a

reincidir enquanto estava em cumprimento de livramento condicional e é multirreincidente, tudo a demonstrar a sua periculosidade e contumácia criminosa, bem como que as punições anteriormente experimentadas por ele não lhe proporcionaram a necessária conscientização, de nada valendo, portanto, a prevenção especial, sem nenhum efeito intimidativo no caso concreto, a recomendar, de conseguinte, a imposição do regime prisional diverso do aberto para o início do desconto da pena corporal, como sinal de maior reprovabilidade de sua repetida conduta, nos termos do artigo 33, parágrafos segundo e terceiro, do Código Penal, de forma que o regime intermediário se apresenta de boa monta considerada a natureza do crime e suas circunstâncias.

Com efeito, a despeito da pena aplicada, a reincidência do apelado, impede a fixação de regime inicial aberto, nos termos do artigo 33, § segundo, alínea “c”, do Código Penal (“contrario sensu”), § terceiro, do Código Penal.

O passado criminoso do apelado, que demonstrou personalidade avessa ao ordenamento jurídico, ostentando maus antecedentes e sendo reincidente, deixa clara a insuficiência da fixação do regime aberto, devendo ser fixado o regime prisional semiaberto para início do cumprimento da reprimenda.

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e, principalmente, a obstar a reiteração criminosa, não se olvidando que é justamente em relação aos crimes contra o patrimônio que se verifica a maior propensão a reincidir.

Assim, inviável cogitar-se de regime prisional aberto, tendo em vista que tal benesse é insuficiente para a correta repressão do delito em análise e às circunstâncias concretas do crime em apreço, por ser o apelado reincidente, nos termos do artigo 33, § terceiro, do Código Penal, não se cogitando ofensa às Súmulas 718 e 719, do STF, ou mesmo aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade ou da individualização da pena.

Não é outro o entendimento dos nossos Tribunais

Superiores:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA STJ 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (Habeas Corpus 175.538/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJE 18/04/2013). As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Contudo, o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 8 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual, em aplicação do regime legal, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido” (STJ, Habeas Corpus 315.449/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Julgado em 15/12/2016, DJE 01/02/2017).

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO AO RÉU REINCIDENTE: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a pena de reclusão inferior a dois anos não cria direito subjetivo ao regime aberto para o seu cumprimento, mormente quando o réu é reincidente. 2. Ordem denegada” (STF, Habeas Corpus 113.304/SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Julgado em 02/04/2013, DJE 17/04/2013).

O Supremo Tribunal Federal dita a jurisprudência sobre o tema, decidindo-se que *“as alíneas b e c do § 2º do artigo 33 do Código Penal dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto) a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação”* (STF, Habeas Corpus 113736/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

No mais, saliente-se que ao réu mulreincidente não cabe a fixação de regime inicial aberto com base em detração (em razão do tempo de prisão provisória).

Embora não se desconheça o teor do artigo 387, § segundo, do Código de Processo Penal, não há se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos do comportamento do réu no cárcere e do efetivo lapso que permaneceu preso, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo Juízo das Execuções.

Com efeito, o artigo 42, do Código Penal, trata da detração para fins de pena e, inegavelmente, tem como órgão competente o Juízo da Execução Penal (artigo 66, inciso III, alínea “c”, da LEP).

O pressuposto de validade processual repousa perante o Juízo das Execuções, porquanto a matéria atinente à detração não comporta discussão no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado, consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execuções Penais, regra não contrariada pela alteração legislativa promovida pela Lei Federal 12736/2012.

Assim:

"APELAÇÃO. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. APRECIACÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. Restando demonstrado pelo robusto conjunto probatório que o apelante portava, sem autorização legal ou regulamentar, a arma de fogo de uso restrito e as munições apreendidas, incensurável se mostra a solução condenatória proferida. Ademais, nenhum reparo merece a sentença no que tange à aplicação da detração penal. O legislador inseriu o § 2º no artigo 387 do CPP, por meio da Lei 12736/12, dispondo que o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Cabe ao Juízo da Execução Penal apreciar se o condenado preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, sendo ele, portanto, o competente para a apreciação do referido pleito, consoante o preceituado no artigo 112 da Lei 7210/84. DESPROVIMENTO DO RECURSO" (TJRJ, Apelação 0400285-32.2014.8.19.0001, Relator: Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte, Data de Julgamento: 13/10/2015, Data de Publicação: 19/10/2015).

E, apesar de a Lei Federal 12736/2012 ter acrescentado o § segundo ao artigo 387, do CPP, determinando que o Juiz da condenação deva considerar a detração quando proferir a sentença, não revogou o artigo 66, da Lei de

Execução Penal, que atribui ao Juízo da Execução a competência para deliberar sobre a detração, sendo ele o mais indicado.

Diante disso, o pleito de detração deverá ser formulado perante o Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais, a teor do que dispõe artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei Federal 7210/84.

E, pelos mesmos motivos, não haveria mesmo que ser a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, bem como reputo incabível a concessão do *sursis*, em virtude de óbice disposta no artigo 44, incisos II e III, do Código Penal, e no artigo 77, incisos I e II, do Código Penal.

Sem dúvida, não seria socialmente recomendável ao caso, principalmente havendo notícia nos autos de que o réu não é principiante na prática delitiva.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantendo-se a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

TEIXEIRA DE FREITAS

RELATOR