



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000368676

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1517144-28.2023.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes ESMAEL DIAS DAS NEVES e LUCAS AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram parcial provimento ao recurso apenas para redimensionar a pena dos réus, ficando ESMAEL DIAS DAS NEVES condenado a 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal, enquanto LUCAS AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA fica condenado a 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal, por estarem incurso, por uma vez, no crime previsto no artigo 155, §4º, incisos II e IV, do Código Penal (contra a vítima Diva) e por três vezes no artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal (contra as vítimas Ellen, Vinícius e Adevair), nos termos do artigo 71 do Código Penal, afastando-se ainda a condenação ao pagamento de indenização às vítimas V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1517144-28.2023.8.26.0576

Apelante: Esmael Dias das Neves e outro

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São José do Rio Preto

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Luis Guilherme Pião

Voto nº 11576

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

I. Caso em Exame

1. Esmael Dias das Neves e Lucas Augusto Nogueira de Oliveira foram condenados por furto qualificado, com penas de reclusão e multa. A defesa recorreu buscando abrandamento do regime prisional de ambos os réus. Os crimes ocorreram em quatro ocasiões distintas, com subtração de diversos bens de residências, mediante escalada e rompimento de obstáculo.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste na adequação do regime prisional dos réus.

III. Razões de Decidir

3. Afastamento de qualificadoras de escalada em três dos crimes e rompimento de obstáculo em todos os crimes, por falta de provas periciais.

4. Afastamento dos maus antecedentes de ambos os réus na primeira fase da dosimetria, bem como diminuído o acréscimo pela multiplicidade de qualificadoras, redimensionando as penas-bases.

IV. Dispositivo e Tese

5. Parcial provimento do recurso para redimensionar as penas: Esmael condenado a 2 anos e 11 meses de reclusão em regime semiaberto; Lucas condenado a 3 anos, 4 meses e 25 dias de reclusão em regime fechado.

Tese de julgamento: 1. Afastamento de qualificadoras sem prova pericial. 2. Aplicação do direito ao esquecimento para maus antecedentes antigos.

Legislação Citada:

CP, art. 155, §4º, incisos II e IV; art. 71.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 308.331/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 16.03.2017.

STJ, AgRg no REsp 1875382/MG, j. 20.10.2020.

STJ, AgRg no REsp 1888093/RJ, j. 20.10.2020.

Pela sentença de folhas 377/382, ESMAEL DIAS DAS NEVES foi condenado às penas de 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial

semiaberto, e pagamento de 15 dias-multa, no mínimo legal, enquanto LUCAS AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA foi condenado às penas de 3 anos, 7 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 17 dias-multa, no mínimo legal, por estarem incursos nas sanções previstas no artigo 155, §4º, incisos I, II e IV, combinado com o artigo 71, ambos do Código Penal.

Inconformados, os réus recorrem, e a defesa pretende o abrandamento do regime prisional dos acusados, sendo cabível o regime aberto para Esmael e o semiaberto para Lucas (folhas 401/404).

Oferecidas as contrarrazões (folhas 408/410) pelo Ministério Público, o qual pugnou pelo não provimento dos recursos; e a d. Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento dos recursos (folhas 435/440).

É o relatório.

Consta da denúncia (folhas 230/233) que, no dia 18 de abril de 2023, no período da manhã, na Rua Luís Gonzaga de Menezes, 1406, Parque São Miguel, Município e Comarca de São José do Rio Preto, ESMAEL e LUCAS, agindo em concurso e unidade de desígnios, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraíram para eles, uma televisão, marca LG, de 43 polegadas, do interior da residência de Diva de Oliveira.

Consta, ainda, que, no dia 28 de abril de 2023, por volta das 12h, na Rua Dr. Luiz Fernando Haikel, 557, Bairro Fraternidade 2, Município e Comarca de São José do Rio Preto, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, agindo em concurso e unidade de desígnios mediante escalada, os denunciados subtraíram para eles, um notebook, marca Acer e um bracelete, do interior da residência pertencente a Ellen Maria Rosa Silva.

Consta, também, que, no dia 28 de abril de 2023, na Rua Dr. Luiz Fernando Haikel, 547, Bairro Fraternidade 2, Município e Comarca de São José do Rio Preto, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes agindo em concurso e unidade de desígnios mediante rompimento de obstáculo, os denunciados subtraíram para eles, um notebook, marca Acer, uma caixa

de som marca JBL, uma mochila e uma serra mármore, marca Makita, do interior da residência pertencente a Vinicius Zanella Ferreira.

Consta, por fim, que, no dia 2 de maio de 2023, na Rua Isabel Alves de Lima, 330, Parque Vila Nobre, Município e Comarca de São José do Rio Preto, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, agindo em concurso e unidade de desígnios mediante rompimento de obstáculo, os denunciados subtraíram para eles, equipamentos eletrônicos dentre televisores, videogame, lavadora de pressão e ferramentas, do interior da residência pertencente a Adevaír José Fernandes.

Segundo a inicial, os denunciados se dirigiam aos imóveis utilizando o veículo Ford Fiesta, cor verde, placas COR-4720, que era conduzido por ESMAEL. No local, nos dois primeiros furtos, LUCAS ingressou nos imóveis mediante escalada e arrombamento de portas e janelas enquanto ESMAEL aguardou do lado de fora, visando dar cobertura, subtraindo os objetos. Foi coletada a digital de LUCAS na janela que foi arrombada para o ingresso no primeiro imóvel. No terceiro furto, ESMAEL e LUCAS ingressaram no imóvel, ficando as imagens nos três primeiros casos registradas pelo sistema de segurança por câmeras, o que viabilizou a identificação dos denunciados. No último furto, eles usaram do mesmo *modus operandi*, ingressando no local e subtraindo diversos objetos como um televisor marca sony de 49 polegadas com controle; um play station pró; uma lavadora de pressão marca black daker; um rompedor, um transformador de rompedor; um fone de ouvido marca lenovo; um fone de ouvido; um controle da sky; dois controles de vídeo game e televisor marca LG de 55 polegadas, sendo que alguns destes objetos foram localizados em posse de ESMAEL quando de sua prisão em flagrante por outro furto no dia seguinte, objetos reconhecidos pela vítima Adevaír. Quando da prisão em flagrante de ESMAEL, foi apreendido seu celular e periciado, denotando as tratativas entre os denunciados nos furtos praticados, conforme relatório de p. 4/13 e 87/96. Os objetos foram avaliados indiretamente em R\$12.950,00.

A materialidade dos delitos está comprovada pelos boletins de ocorrência (folhas 15/16, 36/37, 41/42 e 46/47), pelos autos de exibição/apreensão

(folhas 183/185 e 195), pelo auto de reconhecimento de objeto (folha 56), pelo auto de entrega (folha 57), pelo auto de avaliação (folhas 58/59), pelos relatórios de investigação (folhas 4/13 e 87/96), pelos laudos periciais (folhas 21/27, 28/35 e 247/278), e pela prova oral coligida.

A autoria também restou perfeitamente comprovada, tanto que não foi questionada pela defesa dos réus.

Assim o digno Juiz de piso resumiu a prova oral colhida em juízo (folhas 378/380):

“**A vítima Diva** relatou que saiu de casa pela manhã e, ao retornar, percebeu que haviam invadido sua residência, subtraindo uma TV LG que estava na sala e revirando os demais cômodos. Observou sinais de impressões digitais no local e constatou que os criminosos entraram no imóvel escalando o muro, tendo danificado a caixa de correio, e ingressaram na residência através da janela da sala e, em seguida, abriram a porta do local. **A vítima Ellen** relatou na fase policial que dois indivíduos, utilizando um veículo Ford/Fiesta verde, estacionaram em frente à sua residência e um deles entrou no imóvel escalando o muro. Subtraíram um notebook Acer e uma pulseira dourada. Disse que não houve sinais de arrombamento, embora a fechadura da janela da sala tenha ficado solta. Por meio de câmeras de segurança de vizinhos, verificou que o indivíduo que entrou em sua casa entregou os objetos por cima do muro para seu comparsa, bem como observou que o outro indivíduo invadiu a casa ao lado, de seu vizinho Vinicius. Ademais, estimou ter sofrido prejuízo de R\$ 2.000,00. **A vítima Vinicius** relatou que dois desconhecidos forçaram a janela frontal de sua residência, trincando o vidro, e ingressaram no imóvel, subtraindo um notebook Acer Aspire 5750, uma caixa de som JBL, uma mochila preta de nylon e uma serra mármore Makita, estimando um prejuízo de R\$ 2.800,00. Informou que na mesma data os réus também furtaram a residência de sua vizinha Ellen e que pôde acompanhar a ação por imagens de câmeras de segurança. **A vítima Adevaire** relatou que, ao retornar para casa, encontrou o cadeado do portão arrombado e a janela frontal aberta. Disse que foram subtraídos de sua residência diversos objetos, incluindo uma TV LG de 55 polegadas, uma TV Sony de 49 polegadas, um PlayStation 4 Pro, uma lavadora de pressão Black&Decker, um rompedor Bosch, dois fones de ouvido, controles remotos e itens pessoais. Soube pela imprensa da apreensão de itens com um indivíduo preso por furto e compareceu à delegacia, onde reconheceu alguns dos equipamentos, como a lavadora de pressão e o rompedor, devido a características específicas. Por fim, estimou um prejuízo de R\$ 12.000,00 a R\$ 14.000,00. **O policial civil Victor**, confirmou as informações prestadas em seu relatório de investigações e os fatos narrados na denúncia. Disse que durante investigação de furtos em residências, junto de sua equipe, identificaram uma dupla de criminosos utilizando um veículo Ford Fiesta verde, placa COR4720, para cometer crimes. Após pesquisa nos bancos de dados, descobriram que o proprietário do carro residia no bairro João Paulo II e, no dia 03 de maio de 2023, abordaram o réu Esmael ao lado do referido veículo, estacionado em frente à sua residência. Durante buscas no carro, encontraram uma TV de 32 polegadas, tendo o réu lhes confessado que a havia furtado minutos antes em uma casa no bairro Mais Viver. Ao realizar buscas na residência dele, apreenderam diversos itens de origem duvidosa, como eletrodomésticos, ferramentas e uma bicicleta. Esmael apontou seu vizinho Lucas como o responsável por entrar nas casas, enquanto ele dirigia o veículo. O corréu não foi localizado naquele momento, mas a extração de dados do telefone de Esmael e impressões digitais de Lucas em uma janela confirmaram sua participação nos furtos. Ouvido na fase policial, **o acusado Esmael** confessou apenas um dos furtos. Afirmou que, ao chegar em casa com seu veículo Ford/Fiesta, foi abordado por policiais civis que o questionaram sobre furtos em residências e sobre uma televisão que estava em seu porta-malas. Afirmou que o televisor havia sido subtraído em um bairro próximo à Rodovia

sentido Ipiranga/SP, junto de indivíduo conhecido como "Neginho". Alegou que os demais objetos encontrados em sua residência são de sua propriedade. Em Uai9zo tornou a confessar o delito. Ouvido na fase policial, o **acusado Lucas** confessou os furtos narrados na denúncia, dizendo que os cometeu por necessidade financeira, estando arrependido. Disse que ele e seu vizinho Esmael decidiram cometer furtos, os quais realizavam com o veículo Ford/Fiesta de Esmael. Em um bairro na saída de Guapiaçu/SP, pularam um muro, pisando na caixa de correio e forçaram o a janela da sala, subtraindo uma televisão, a qual venderam posteriormente. Em outro furto, no bairro Fraternidade, pulou um muro e subtraiu um notebook, o qual entregou a Esmael por cima do muro e posteriormente venderam por R\$ 400,00. Afirma com relação a esse furto que não entrou na casa ao lado, sem muro, de forma que Esmael pode ter entrado enquanto ele pegava o notebook. Passados alguns dias, saíram novamente para cometer furtos e, num bairro próximo a Engenheiro Schimidt, pulou o muro de uma residência e subtraíram duas TVs, um videogame, uma lavadora de pressão e outros objetos que não se recorda. Revendeu parte dos itens e Esmael ficou com o restante dos objetos, realizando a venda do PlayStation, da qual recebeu R\$ 300,00. Declarou que, em todos os furtos, ele era o responsável por entrar nas residências, enquanto Esmael aguardava no carro devido à sua dificuldade física de pular muros. Em Juízo, tornou-se revel.”.

Como se vê, o réu Esmael confessou em juízo os furtos praticados, conforme mídia de folha 388. Por mais que o corréu Lucas tenha sido revel, é certo que na delegacia ele também havia confessado os furtos, inclusive dando detalhes do que foi subtraído e de como ficou a distribuição da renda obtida com a venda dos itens furtados.

As confissões dos réus vieram corroboradas pelos relatos em juízo das vítimas Diva, Vinícius e Adevaire, bem como pelo depoimento da vítima Ellen, esta última ouvida apenas na fase policial, sendo certo que todos eles confirmaram que suas residências foram alvo de subtração.

Por fim, o policial civil Victor confirmou em juízo as diligências que foram realizadas para se chegar até os autores dos crimes, diligências estas constantes dos relatórios de folhas 4/13 e 87/96, não havendo, portanto, dúvidas quanto à autoria.

Diante dos crimes cometidos por Esmael e Lucas, se faz presente a qualificadora descrita no artigo 155, §4º, IV (mediante concurso de duas ou mais pessoas), corretamente reconhecida pelo Magistrado *a quo*.

Ainda, apenas no caso do furto à residência da vítima Diva é que foi confeccionado laudo pericial, o qual foi juntado nas folhas 21/27, de onde se percebe que, para o acesso àquela casa, houve escalada de um muro de aproximadamente 2,45 metros, sendo que “*A face interna do muro frontal em que foi observada sujidade compatível com escalada*” (folhas 23/24). Dessa forma, também

agiu com acerto o digno Juiz sentenciante em reconhecer a presença da qualificadora descrita no artigo 155, §4º, II (escalada), do Código Penal.

Contudo, é certo que não houve escalada no crime contra Vinícius, posto que não havia muro que guarnecia sua residência naquela época (folha 39). Com relação ao crime contra Adevair, é certo que este mencionou que quando chegou em casa, o cadeado estava arrombado e o portão estava aberto (folha 49), de forma que a entrada mais provável foi por este portão, e não saltando o muro, pelo que também não se pode falar em escalada. Por fim, com relação ao crime contra Ellen, ausentes maiores detalhes sobre a altura do muro e se os agentes tiveram que lançar mão de esforço incomum para pular, entendo ser o caso de se afastar também a qualificadora.

Com relação à qualificadora do rompimento de obstáculo no crime contra Diva, entendo que ela deve ser afastada. Isto porque o laudo de folhas 21/27 mostra que *“A caixa de correspondência na face interna do muro, a qual era constituída por material metálico e apresentava amolgadura em sua porção superior. Dano produzido por instrumento desconhecido aplicado a guisa de pressão e associado a esforço muscular”* (folha 24).

Ocorre que, para que seja configurada a existência da qualificadora, é necessário que a destruição ou o rompimento de obstáculo seja realizada com a finalidade de subtrair a coisa, ou seja, deve ser um facilitador para a subtração da coisa. Não é o que se verifica no caso, uma vez que os danos na caixa de correspondência em nada ajudaram para o acesso aos bens. Como ela fica situada no muro, em sua parte interna, o mais provável é que ela tenha sido danificada na ação do corréu Lucas em escalar aquele muro e não para ingressar na parte interna imóvel.

Assim, afasto a referida qualificadora, e não apenas faço com relação ao crime cometido na residência de Diva, mas também com relação aos crimes contra as vítimas Ellen, Vinícius e Adevair, uma vez que não houve confecção de laudos periciais nas residências deles, tratando-se de prova indispensável, cuja produção competia à acusação.

Portanto, os acusados devem ser condenados pela prática dos

crimes previsto no artigo 155, §4º, incisos II e IV, do Código Penal (no que se refere ao crime contra a vítima Diva) e no artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal (no que se refere aos crimes contra as vítimas Ellen, Vinícius e Adevaire).

Dessa forma, as condenações eram medidas de rigor.

Tendo em conta o cometimento de quatro crimes e em um deles há uma qualificadora a mais, o que fará com que a pena seja mais gravosa que os demais, limito-me apenas ao cálculo das penas relativas a esse crime (contra Diva), sobre o qual ocorrerá o aumento pela continuidade delitiva.

Com relação ao réu Esmael:

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, em virtude dos maus antecedentes (folha 339) e pelo fato de que duas das qualificadoras foram utilizadas como circunstâncias judiciais negativas.

No tocante aos maus antecedentes, não há como se manter o aumento da pena-base, já que a condenação contida na folha 339 se refere a fatos praticados posteriormente aos tratados no caso presente e, assim, não fazem parte da vida antecedente do sentenciado. Nesse sentido é a jurisprudência:

- "Na colocação da pena-base não pode o Magistrado considerar, para situá-la acima do mínimo legal, circunstâncias posteriores ao fato em causa ou com ele contemporâneas, tais como, por exemplo, outras condenações impostas ao acusado em diferentes processos que tenham tido o seu desate após o crime ventilado no feito" (JTACRIM 45/221).

Já com relação às qualificadoras, tendo em conta que houve o afastamento do rompimento de obstáculo, subsistem apenas duas qualificadoras, sendo que uma delas é apta a majorar a pena-base, de acordo com a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Informativo nº 684: *"O deslocamento da majorante sobejante para outra fase da dosimetria, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena"*.

Assim, pacificou-se o entendimento externado em diversos

julgados do Superior Tribunal de Justiça, como no que segue:

“reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, uma delas poderá ser utilizada para tipificar a conduta como delito qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou com circunstância judicial, na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante” (STJ - HC 308.331/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

Portanto, tendo em conta a presença de apenas uma circunstância judicial negativa, entendo mais proporcional fixar a fração de 1/6 (um sexto) para aumento da pena-base, que fica fixada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, correta a compensação procedida entre a reincidência (folhas 336/337) e a confissão espontânea, permanecendo as penas no patamar anterior.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena. Correto o reconhecimento da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), posto que os crimes cometidos foram da mesma espécie e em condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhantes. E, considerando que ocorreram quatro delitos, fica mantida a fração de aumento de 1/4 (um quarto), pelo que a pena fica definitivamente fixada em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal.

Com relação ao réu Lucas:

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, em virtude dos maus antecedentes (folha 356) e pelo fato de que duas das qualificadoras foram utilizadas como circunstâncias judiciais negativas.

Com relação ao mau antecedente, verifico que ele é muito antigo, tratando-se de fatos ocorridos em 2009 e com trânsito em julgado também em 2009, cerca de quatorze anos antes dos fatos em tela. Em que pese a decisão da Suprema Corte (RE 593.818/SC) de que não se aplica aos maus antecedentes o prazo

quinquenal do artigo 64, inciso I, do Código Penal, é certo que a Constituição Federal de 1988 veda penas de caráter perpétuo. Desse modo, os maus antecedentes devem ser afastados, o que está de acordo com os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, em que foi aplicada a teoria do direito ao esquecimento, sendo limitado o prazo temporal para o reconhecimento dos maus antecedentes:

- "1. As condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.
2. Todavia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.
3. No caso, o Tribunal de origem fez referência às seguintes condenações criminais transitadas em julgado, conforme a certidão de fls. 104-106: a) 0064872-13.1999.8.13.0134 - art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, transitada em julgado para o Ministério Público em 27/04/2001 e com extinção em 11/06/2007; e b) 0153673-65.2000.8.13.0134 - art. 12 da Lei n. 6.368/1976, com trânsito em julgado para o Ministério Público em 09/01/2001 e extinção em 11/06/2007. Por sua vez, o delito tratado neste processo foi cometido em 04/07/2017.
4. É certo que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de julgamento realizada em 18/08/2020 e quando da análise do RE n. 593.818/SC, sob o rito de repercussão geral, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, firmou a Tese n. 150 - "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" -, o que, contudo, não afasta a possibilidade do decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o extenso lapso temporal transcorrido.
5. Além disso, o art. 5.º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição da República estabelece a vedação de penas de caráter perpétuo, o que inviabiliza a valoração negativa dos antecedentes criminais sem qualquer limitação temporal.(...)" (STJ: AgRg no REsp 1875382/MG, julgado em 20/10/2020).

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. DECURSO DO PERÍODO

DEPURADOR. CONSIDERAÇÃO POSSÍVEL, SALVO REGISTROS ANTIGOS. REPERCUSSÃO GERAL. STF. ENTENDIMENTO DO STJ MANTIDO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Plenário da Corte Suprema, no julgamento do RE n. 593.818/SC (Repercussão Geral), ainda não publicado, decidiu, por maioria, que "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" (RE 593.818/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO - SESSÃO VIRTUAL, julgado em 18/8/2020, Ata de julgamento publicada no DJe de 1º/9/2020), não tendo se manifestado sobre eventual eternidade.
2. Segue firme o entendimento desta Corte de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes, devendo, em face da proporcionalidade, adotar-se a teoria do esquecimento para registros muito antigos.
3. Agravo regimental improvido." (STJ: AgRg no REsp 1888093/RJ, julgado em 20/10/2020).

Já com relação às qualificadoras, tomo como fundamentação o mesmo quanto empregado anteriormente quanto ao corréu Esmael para fixar a fração de 1/6 (um sexto) para aumento da pena-base, que fica fixada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, houve a compensação entre uma reincidência e a atenuante da confissão espontânea, majorando-se as penas em 1/6 (um sexto) em decorrência da reincidência remanescente (folhas 351, 355 e 357), o que fica mantido.

Assim, as penas alcançam 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena. Correto o reconhecimento da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), posto que os crimes cometidos foram da mesma espécie e em condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhantes. E, considerando que ocorreram quatro delitos, fica mantida a fração de aumento de 1/4 (um quarto), pelo que a pena fica definitivamente fixada em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, e o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal.

Com relação à Esmael, dada a presença de circunstância judicial negativa e de uma reincidência, mantenho o regime SEMIABERTO fixado, não sendo socialmente recomendável a fixação de regime mais brando.

No que toca à Lucas, tendo em conta a presença de circunstância judicial negativa e do reconhecimento de duas reincidências, mantenho o regime FECHADO fixado, não sendo socialmente recomendável a fixação de regime mais brando.

Por fim, há, também, que se fazer outra correção na sentença, isto é, há que se afastar a condenação dos apelantes ao pagamento de indenização às vítimas, no importe de R\$ 12.950,00 (doze mil, novecentos e cinquenta reais), pois, para reparação do dano material causado à vítima em razão da infração penal, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando-se ao réu o direito de defesa com indicação de *quantum* diverso ou mesmo comprovação de inexistência de prejuízo material a ser reparado. **Necessária, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização, o que não se deu na espécie.**

Da análise detida dos autos, noto que não foi realizada instrução específica para se apurar o valor de eventual indenização, razão pela qual o réu não podia ter sido condenado ao pagamento, o que fica neste ato afastado da r. sentença.

Nessas condições, a condenação dos apelantes ao pagamento de indenização, sem instrução processual específica, implica cerceamento de sua defesa, restando necessário o afastamento da indenização fixada.

Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre o tema, destaca:

- “56-A. Procedimento para a fixação da indenização civil: admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa.” (*in* Código de Processo Penal Comentado - pág. 825).

Esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

- “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NECESSIDADE DE PEDIDO NA DENÚNCIA, COM INDICAÇÃO DA QUANTIA PRETENDIDA, E INSTRUÇÃO ESPECÍFICA A ESSE RESPEITO. ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Segundo o entendimento da Quinta Turma deste STJ, a fixação de valor mínimo para reparação dos danos (ainda que morais) exige, além de pedido expresso na inicial, tanto a indicação do montante pretendido como a realização de instrução específica a respeito do tema, para viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório.**

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1952768/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 16/11/2021) – negritei;

- “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. INFRAÇÕES QUE DEIXAM VESTÍGIOS. EXAME PERICIAL. IMPRESCINDÍVEL. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. NECESSÁRIA JUSTIFICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento do Tribunal a quo destoa da jurisprudência desta Corte que é firme no sentido de que “o exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável para configuração da materialidade delitiva nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido por outro meio de prova, quando os vestígios tenham desaparecido ou quando justificada a impossibilidade de realização da perícia” (AgRg no AREsp 1339073/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018).

2. No caso dos autos, a Corte Estadual limitou-se a utilizar outros meios de provas sem justificar a ausência do exame pericial. Assim, não houve fundamentação idônea no sentido de que os vestígios desapareceram ou que não foi possível a realização da perícia.

3. **Ainda que haja pedido expresso de reparação de danos na peça acusatória, esta Corte tem se manifestado no sentido da necessidade de indicação de valor e de prova suficiente a sustentá-lo, a fim de possibilitar o direito de defesa. Assim, necessária instrução específica para apuração do valor da indenização.**

4. **In casu, além da não indicação do valor pretendido, não houve instrução específica com apresentação de material probatório que ateste o prejuízo causado à vítima.**

5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1810845/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 17/9/2019, DJe de 23/9/2019) - negritei.

Nesse contexto, afasto a condenação no valor indenizatório

mínimo, a título de dano material, em favor da vítima.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso apenas para redimensionar a pena dos réus, ficando ESMAEL DIAS DAS NEVES condenado a 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal, enquanto LUCAS AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA fica condenado a 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal, por estarem incursos, por uma vez, no crime previsto no artigo 155, §4º, incisos II e IV, do Código Penal (contra a vítima Diva) e por três vezes no artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal (contra as vítimas Ellen, Vinícius e Adevair), nos termos do artigo 71 do Código Penal, afastando-se ainda a condenação ao pagamento de indenização às vítimas.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator