



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000377328

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500249-77.2024.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante/apelado VINÍCIUS CIPRIANO DA SILVA, é apelado/apelante 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 defensivo e DERAM PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixar o regime prisional semiaberto.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal 1500249-77.2024.8.26.0407

Apelante/Apelado: Vinícius Cipriano da Silva

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Osvaldo Cruz

Magistrado: Lucas Ricardo Guimarães

Voto 11160

Ementa. Direito Penal. Apelação Criminal. Furto praticado durante o repouso noturno. Recurso defensivo. Atipicidade de conduta. Reconhecimento do princípio da insignificância. Inviabilidade. Crime caracterizado. Provas seguras de autoria e materialidade. Tipicidade da conduta. Desprovimento. Apelo do Ministério Público. Fixação do regime semiaberto e afastamento da substituição da pena privativa de liberdade. Cabimento na hipótese. Recurso provido.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Vinícius Cipriano da Silva e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra a sentença (fls. 201/208), que condenou o réu por infração ao artigo 155, parágrafos primeiro e quarto, incisos I e IV (repouso noturno, rompimento de obstáculo e concurso de pessoas), do Código Penal, a pena privativa de liberdade de 01 ano, 03 meses e 20 dias de detenção, mais o pagamento de 07 dias-multa, no mínimo legal, em regime inicial aberto.

A pena foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo prazo da pena substituída, e no pagamento de prestação pecuniária, no valor de um salário-mínimo vigente, a entidade pública ou privada com destinação social.

Em suas razões, a Defesa postulou a absolvição do réu por atipicidade da conduta e o reconhecimento do princípio da insignificância (fls. 219/224).

O Ministério Público pleiteia o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda (fls. 227/230).

Regularmente processados os recursos, com apresentação de contrarrazões (fls. 251/256 e 270/271).

A Procuradoria de Justiça, no seu parecer, ofertou manifestação pelo desprovimento dos apelos (fls. 291/296).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 288).

É o relatório.

Somente o recurso do Ministério Público comporta provimento.

O réu Vinícius Cipriano da Silva foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 22 de junho de 2024, por volta de 01h34min, na Rua San Salvador, 825, na Cidade de Parapuã, na Comarca de Osvaldo Cruz, durante o repouso noturno, com unidade de desígnios, em concurso com indivíduo não identificado, mediante rompimento de obstáculo, subtraiu para si dois botijões de gás, de propriedade da vítima Eduardo Joaquim da Costa, bens avaliados em trezentos reais.

Segundo apurado, o réu com a intenção de furtar e, aproveitando-se do repouso noturno, bem como do fato do morador estar viajando, dirigiu-se ao local dos fatos, na companhia de um comparsa e, após o arrombamento da porta principal do imóvel, subtraíram dois botijões de gás, deixando-os sobre o muro para resgatá-los na sequência.

O vigia Antônio Araújo de Sá, durante a sua ronda noturna, avistou os botijões de gás sobre o muro da residência da vítima e, suspeitando da situação, acionou a Polícia Militar.

Os policiais chegaram no local e montaram um ponto de observação, até que visualizaram um veículo Golf, cor preta, parando em frente à casa da vítima.

Ato contínuo, o acusado desembarcou do carro pela porta do passageiro e caminhou até o muro da residência da vítima para resgatar a res furtiva, quando os policiais decidiram pela abordagem.

Ao perceber a presença da viatura, o motorista do veículo Volkswagen, modelo Golf, se evadiu, não sendo possível a sua identificação.

Contudo, o réu foi preso e conduzido à Delegacia de

Polícia.

A materialidade do crime resultou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 07/09), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 12/13), auto de avaliação (fl. 83), laudo pericial (fls. 66/72), bem como pela prova oral coligida.

A autoria também é certa.

Nas duas fases, o acusado negou a prática delituosa.

Entretanto, o policial Willians Nunes de Oliveira declarou que recebeu a notícia de que havia botijões de gás sobre o muro de uma residência. Foi até o local e ficou observando por um tempo, oportunidade em que avistou um carro Golf, de cor preta, de placas não anotadas, e dele desembarcou um indivíduo que se dirigiu até o muro onde estavam dois botijões de gás. Diante disso, se aproximou para fazer a abordagem, mas o motorista do automóvel, ao perceber a presença da viatura, fugiu do local e apenas o acusado foi preso. A porta principal da residência foi arrombada e os moradores não estavam presentes.

O vigia noturno Antônio Araújo de Sá declarou que, na data do episódio, fazia a ronda e viu os botijões em cima do muro, razão pela qual chamou os policiais.

A vítima Eduardo Joaquim da Costa declarou que os donos dos botijões de gás eram a sua sogra e seu cunhado. Na data do episódio, eles estavam viajando, razão pela qual os policiais o procuraram para acompanhar a diligência.

O quadro probatório contém elementos de convicção, do modo a não deixar dúvidas sobre a prática do crime de furto pelo réu, durante o repouso noturno e mediante o concurso de pessoas e rompimento de obstáculo, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, caput, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Convém lembrar que a palavra da vítima, como é cediço, nos crimes de furto, é de vital importância e só pode ser desprestigiada com a produção de provas cabais a demonstrarem sua falácia, o que não é o caso, devendo ser admitida como verdadeira.

O mestre Tourinho Filho diz que “*é relevantíssima a*

palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos 'qui clam comittit solent' que se cometem longe dos olhares de testemunhas a palavra da vítima é de valor extraordinário” (Processo Penal, Terceira Edição, Editora Jalovi, 1977, Volume III, Página 183).

No que concerne ao depoimento de agentes públicos (policiais civis, militares e guardas municipais), segundo posicionamento firmado nos Tribunais Superiores, suas informações gozam de fé pública e serão valoradas como qualquer outro depoimento, estando sua admissão condicionada à prudente apreciação de seu conteúdo em cotejo com os demais elementos probatórios inseridos nos autos do processo.

A propósito:

CONDENAÇÃO. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS CORROBORADO COM DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83 DO STJ. A condenação do agravante foi alicerçada nos testemunhos dos policiais, meio de prova idôneo, e corroborada com os demais elementos constantes nos autos, portanto, em conformidade com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, situação que atrai o disposto na Súmula 83 do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. Agravo regimental desprovido (Agravo no AREsp 615.878/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 14/04/2015, DJE 22/04/2015).

“Os testemunhos policiais constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliados ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos (Habeas Corpus 98.766/SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, Julgado em 05/11/2009, DJE 23/11/2009). (RHC 88.976/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 26/09/2017, DJE 02/10/2017).

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

De outra parte, não merece prosperar a tese da defesa no sentido da absolvição por atipicidade da conduta e o reconhecimento do princípio da insignificância.

E, sem embargo do valor dos bens subtraídos, a conduta praticada não preenche minimamente os requisitos cumulativos assentados pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecimento do princípio da insignificância, porque embora não haja um consenso absoluto em doutrina e jurisprudência sobre

quais seriam os pressupostos necessários para a aplicação do referido princípio, o Supremo Tribunal Federal já exigiu a presença cumulativa de quatro requisitos para a sua incidência (*Habeas Corpus* 90.977-MG, *Relatora Ministra Carmem Lúcia, Julgado em 08 de maio de 2007*): “a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Ocorre que, para além de uma análise pecuniária, cabe a avaliação das circunstâncias e o resultado do crime.

Nesse contexto, tem-se como reprovável e ofensiva a conduta praticada pelo réu, pois aproveitou-se do repouso noturno e da ausência dos moradores para, na companhia de um comparsa, arrombar a porta e ingressar na residência, o que revela audácia e habilidade na prática criminosa.

Nesse sentido, também tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. BEM SUBTRAÍDO DE VALOR CORRESPONDENTE A UM TERÇO DO SALÁRIO MÍNIMO. RELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, exige o exame quanto ao preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos, traduzidos na irrelevância da lesão ao bem tutelado pela norma e na favorabilidade das circunstâncias em que foi praticado o crime e de suas consequências jurídicas e sociais. 2. O simples fato de os bens furtados terem sido restituídos à vítima não conduz, necessariamente, à aplicação da bagatela. 3. Na espécie, trata-se da subtração de bem (roda e pneu de carro) cujo valor corresponde, aproximadamente, a 1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, circunstância que indica a reprovabilidade do comportamento, suficiente e necessária a recomendar a intervenção estatal. 4. Agravo Regimental desprovido (Agravo Regimental no REsp 1.563.252/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 04/02/2016, DJE de 22/02/2016).

Dessa forma, a conduta perpetrada pelo acusado é sim relevante para o Direito Penal, motivo pelo qual fica afastado o reconhecimento do princípio da insignificância.

Passo ao exame da dosimetria.

O artigo 59, do Código Penal, estabelece um rol de oito circunstâncias a fim de que o juiz fixe a reprimenda, visando a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

Logo, se dentre essas oito circunstâncias uma não for favorável, não há motivos para aplicar a pena em seu patamar mínimo, observado o princípio da proporcionalidade.

No caso concreto, o douto Juízo “a quo” fixou incorretamente a pena base, acima do patamar mínimo legal, em razão da presença de três qualificadoras, sendo uma delas empregada para qualificar o delito e as outras como circunstâncias judiciais desfavoráveis, perfazendo a pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, no mínimo legal.

Sabe-se que a fixação da pena base é procedimento de discricionariedade juridicamente vinculada, visando estabelecer sanção suficiente e necessária para a prevenção e reprovação do delito.

Assim, o juiz detém margem para externar a sua convicção. Coerente esse subjetivismo quando o somatório das circunstâncias judiciais apresente justificativa bastante para a quantificação da pena base acima do mínimo legal.

Conforme leciona o mestre Rogério Greco acerca do primeiro estágio da operação, “*nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59, do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto*”.

Em idêntico sentido, caminha a jurisprudência:

"A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias" (Habeas Corpus 122.184/PE, Relator

Ministra Rosa Weber, DJE 05/03/2015).

“Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado” (STJ, Agravo no AREsp 396.788/SP, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, Julgado em 18/06/2014, DJE 01/08/2014).

A ausência de limites preestabelecidos pelo Código Penal para a exasperação da pena base em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas é fator que confere ao magistrado, observado seu livre convencimento motivado, certa margem de escolha da fração mais adequada às peculiaridades do caso concreto.

É cediço que a primeira qualificadora deve ser utilizada para deslocar a conduta da forma simples para aquela com punição mais severa, enquanto as outras deverão ser ponderadas na segunda fase da dosimetria, se constituírem agravantes, ou na primeira etapa como circunstância judicial desfavorável e deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância negativamente valorada, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADORA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. VETORIAL NEGATIVADA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO CABÍVEL. ÓBICE À CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 2. Na existência de múltiplas qualificadoras, uma delas é empregada para qualificar o crime enquanto as remanescentes podem ser utilizadas na segunda fase da dosimetria da pena, caso correspondam a agravantes legalmente previstas, ou residualmente como circunstâncias judiciais, na primeira etapa. 3. No caso, considerando se tratar de furto duplamente qualificado, nada obsta que uma das qualificadoras seja sopesada como circunstância judicial desfavorável,

nos moldes da jurisprudência desta Corte. 4. No que se refere ao regime prisional, não se infere qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a quatro anos de reclusão, a pena base foi estabelecida acima do piso legal com fundamento lícito, tendo, ainda, sido reconhecida a sua reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula 269 do STJ. Agravo regimental desprovido (Agravo Regimental no Habeas Corpus 804.667/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 26/06/2023, DJE de 29/06/2023).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMETIMENTO DE DELITO ENQUANTO CUMPRIA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL DA PENA BASE. READEQUAÇÃO. REGIME FECHADO. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no artigo 68, com o artigo 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Na hipótese, verifica-se que fundamentação é concreta e está de acordo com o entendimento desta Corte de Justiça, não incorrendo as instâncias ordinárias em indevido bis in idem, porquanto a justificativa do desvalor da conduta social não foi a existência de condenação pretérita utilizada para negatar os antecedentes, mas sim a prática de delito durante o gozo de um benefício da execução, qual seja, a prisão domiciliar. O Tribunal estadual ressaltou que "o embargante praticou novo crime após a concessão do benefício, abusando assim, da confiança que lhe foi depositada pelo Judiciário". Precedentes. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade" (Habeas Corpus 408.971/DF, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJE 24/8/2018).

"Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que "a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de

ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (Agravo no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJE de 06/05/2015).

Ademais, convém ressaltar o entendimento adotado pelo STJ que, no julgamento dos Recursos Especiais 1.888.756/SP, 1.890.981/SP e 1.891.007/RJ (Tema 1087), em sessão realizada em 25 de maio de 2022, por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Relator, fixou a tese de que: “a causa de aumento prevista no § primeiro, do artigo 155, do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ quarto)”, pois, data máxima venia, não tem efeito vinculante.

Além disso, o referido tema não obstou a valoração da referida circunstância (prática do crime de furto durante o repouso noturno) na primeira fase da dosimetria da pena, consoante se extrai da manifestação do Ministro João Otávio de Noronha, relator do acórdão paradigma do referido tema repetitivo, que admitiu que a prática do crime de furto durante o período noturno é mais grave e, embora não seja possível valorar tal circunstância como causa de aumento de pena do furto qualificado diante da posição topográfica do § primeiro do artigo 155, do Código Penal, admite-se a sua valoração como circunstância judicial negativa, conforme trecho do referido acórdão paradigma a seguir destacado:

“Ora, é evidente que a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período. Assim, é razoável admitir a possibilidade de, diante das circunstâncias fáticas, a prática do furto durante o período de repouso noturno ser levada em consideração na dosimetria da pena. Em outras palavras, se a incidência da majorante no furto qualificado mostra-se excessiva, poderá ser utilizada como circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria (artigo 59 do CP). Nessa oportunidade, o órgão julgador avaliará, sob a ótica de sua discricionariedade, o elemento relativo ao espaço temporal em que a infração foi cometida, podendo, se assim considerar, analisar a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime com maior reprovabilidade. Esse proceder possibilitaria calibrar a reprimenda de modo a atender o postulado da proporcionalidade diante do caso concreto” (REsp 1.888.756/SP, Relator Ministro João

Otávio de Noronha, Terceira Seção, Julgado em 25/05/2022, DJE de 27/06/2022).

Em idêntico sentido, o entendimento majoritário desta Colenda Câmara” (TJSP, Apelação Criminal 1500257-31.2024.8.26.0544, Relator Des. Eduardo Crescenti Abdalla, Julgado em 17/10/24). (TJSP, Apelação Criminal 1500060-89.2023.8.26.0066, Relator Des. Zorzi Rocha, Julgado em 31/01/2025).

Em atenção à Súmula 511, do STJ, o culto sentenciante reconheceu o furto híbrido (privilegiado-qualificado), tendo em conta a primariedade do réu e de pequeno valor das coisas furtadas, tanto que, nesse ponto, sequer houve insurgência do representante do Ministério Público.

Assim, reconhecido o furto privilegiado, a sanção foi diminuída e substituída por detenção, totalizando a pena de 01 ano, 03 meses e 20 dias de detenção, mais o pagamento de 07 dias-multa, no mínimo legal.

E, em atenção ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, passo à análise recursal dos temas trazidos pelo representante do Ministério Público, que postulou o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e recrudescimento do regime prisional.

Foi eleito o regime prisional aberto, objeto de insurgência da acusação. E com razão a acusação.

Embora a reprimenda tenha sido fixada em patamar inferior a quatro anos e o apelante seja primário, foram escorreitamente reconhecidas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis o que, na hipótese, data máxima venia, ao culto sentenciante, impede a substituição da corporal nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Vale lembrar que o julgador deve analisar se a substituição atenderá tanto a pessoa condenada como a sociedade, uma vez que a “pena restritiva de direitos não quer significar impunidade ou mesmo descaso para com a proteção dos bens jurídicos mais importantes tutelados pelo Direito Penal. A pena, como diz a última parte do caput do artigo 59, do Código Penal, deve ser necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Para que o sentenciado seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do artigo 44 do Código Penal (STJ, Habeas Corpus

104.184/SP, Relator Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJE 02.02.2009).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, objeto de irresignação pelo Ministério Público, embora o reprimenda seja inferior a 04 (quatro) anos de reclusão e tendo sido reconhecidas duas circunstâncias judiciais negativas, cabível o recrudesimento para o regime semiaberto, nos exatos termos do artigo artigo 33, § terceiro, do Código Penal.

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, mantida a condenação, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo e **DOU PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixar o regime prisional semiaberto.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR