



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000405216

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504627-77.2024.8.26.0536, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante CLAUDIONÍSIO PEREIRA MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16397

Apelação Criminal nº 1504627-77.2024.8.26.0536

Comarca: 2ª Vara Criminal de Praia Grande

Juiz de Direito: doutor Antonio Carlos Costa Pessoa Martins

Apelante: Claudionísio Pereira Martins

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Claudionísio foi condenado a dois anos, dez meses e dezesseis dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de dezesseis dias-multa, por furto qualificado mediante escalada e rompimento de obstáculo, conforme art. 155, § 4º, incisos I e II, do Código Penal. Em 8.12.2024, subtraiu diversos bens do estabelecimento comercial Monumental Motos, em Praia Grande/SP, sendo preso em flagrante com os objetos furtados.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) absolvição por insuficiência probatória; (ii) redução da pena aplicada; (iii) fixação de regime inicial mais brando.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais. A versão defensiva está dissociada do conjunto probatório.

4. A pena foi fixada considerando os maus antecedentes e a reincidência do apelante, além das qualificadoras do furto.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso não provido. Mantida a condenação e o regime inicial fechado.

Tese de julgamento: 1. A materialidade e autoria do furto qualificado foram comprovadas. 2. A pena foi corretamente fixada considerando os antecedentes e a reincidência.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 155, § 4º, incisos I e II, art. 59, art. 33, § 3º, art. 44, inciso II, art. 77, I e II.

Código de Processo Penal, art. 188, art. 157, art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

TACRIM, Ap. 440.643-6, 8ª Câmara, j. 23.07.86, Rel. Juiz Canguçu de Almeida, JUTACRIM 91/407.

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

STJ, AgRg no AREsp 1449050/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.4.2019.

STJ, HC 490375/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.4.2019.

STJ, HC 505435/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 4.6.2019.

STJ, HC 479453/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14.5.2019.

STJ, REsp 164.852-SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 9.6.98.

STJ, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, RTJ, 148:490.

STJ, Habeas Corpus 166.471/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 28.6.2011.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 188/189

O apelante, **Claudionísio**, foi condenado à pena de dois (2) anos, dez (10) meses e dezesseis (16) dias de reclusão, em **regime inicial fechado**, além do pagamento de quatorze (14) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 155, § 4º, incisos I e II, do Código Penal**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, porque no dia **8.12.2024**, por volta das **5h28**, no interior do estabelecimento comercial denominado Monumental Motos, situado na Avenida Presidente Kennedy, nº 954, no bairro do Boqueirão, na cidade e comarca de Praia Grande/SP, **Claudionísio**, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu, para si, um notebook da marca Lenovo, avaliado em R\$ 2.500,00, um refil de bomba automotiva da marca Embus Premier, avaliado em R\$ 250,00, quatro unidades de um litro de óleo lubrificante da marca Motul,

3000+ 4T 20W-50, avaliados em R\$ 60,00 cada litro, duas baterias automotivas da marca Erbus, do modelo Erbus ETX 7BS, 12 volts, 7Ah GTI GTX, 7BS, 12 volts, 7Ah, avaliadas em R\$ 200,00, cada, duas pastilhas de freio automotivas da marca Marca TMAC e Marca EMBUS, avaliadas em R\$ 50,00, cada, duas buzinas da marca Atec universal, original, avaliadas em R\$ 20,00, cada, dois motores de partida de motocicleta da marca Embus, avaliados em R\$ 250,00, cada e um kit Coroa, Pinhão e corrente - Marca Riffel (KitTitanium), avaliado em R\$ 120,00, além de uma mochila preta e uma bolsa com a inscrição Chevrolet, da vítima Monumental Motos, representada por S. F. L. Nas circunstâncias de tempo acima mencionadas, o recorrente decidiu subtrair bens de valor do estabelecimento comercial situado no local dos fatos. Mediante escalada o apelante alcançou o telhado do comércio. A seguir, ele danificou o aludido telhado para acessar o interior da loja de peças automotivas, local em que arrecadou os bens acima descritos, acondicionando-os em uma mochila preta e uma bolsa com a inscrição Chevrolet, de propriedade da vítima. Na continuidade, o recorrente evadiu-se na posse dos pertences subtraídos. Guardas civis municipais em patrulhamento de rotina avistaram-no com um volume no ombro, acondicionado em um saco preto e enrolado em um agasalho, com dificuldade de locomover-se dado o peso da carga. Ao notar a aproximação da viatura, ele tentou acelerar o passo, o que motivou sua abordagem. Em busca pessoal, no interior da mochila, os guardas encontraram diversos produtos para motocicletas, além de um notebook com a logomarca da empresa “Monumental Motos”. Os guardas acionaram o sistema de monitoramento e o CICOE realizou buscas, identificando registros de imagens indicativas de ter sido o apelante o autor do crime de furto. O recorrente foi preso em flagrante delito e conduzido ao Distrito Policial com os objetos encontrados em seu poder, local que os bens foram reconhecidos pela vítima e a ela entregues.

Nas razões da apelação apresentada pela digna Defesa foi sustentado **a)** absolvição por insuficiência probatória; **b)** redução da pena

aplicada e c) fixação de regime inicial mais brando (fls. 207/219).

Contrarrazões a fls. 225/231 com requerimento de manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público aos 17.3.2025 (fls. 224).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 245/254).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 163/164.

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pelo ilustre Magistrado, doutor Antonio Carlos Costa Pessoa Martins, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* está comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 2/10, boletim de ocorrência de fls. 11/16, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 21/22, auto de avaliação de fls. 23/24, laudo pericial de fls. 120/126 e prova oral colhida durante a instrução, subtraiu bens com valor econômico.

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

No distrito, o apelante negou ter praticado o delito. Informou que achou a mochila jogada no terreno e apoderou-se dela (fls. 9).

Em Juízo, o recorrente tornou a **negar os fatos**, dizendo que se encontrava em situação de rua e realizava coleta de materiais recicláveis, encontrando os objetos mencionados em um terreno.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O interrogatório é tanto meio de prova como de defesa, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de meio de defesa e de prova, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (Curso completo de processo penal. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A versão negativa está dissociada do conjunto probatório.

O representante da empresa vítima declarou que **tomou conhecimento do furto por intermédio da Guarda Municipal, a qual informou que visualizaram um indivíduo carregando uma mochila com mercadorias e um computador**. Pelos dados do computador, os agentes conseguiram estabelecer contato com o declarante. **O furtador ingressou no estabelecimento pelo telhado, tendo escalado até alcançar o local. Ele danificou o telhado e revirou a loja. Todos os objetos furtados foram recuperados.**

A vítima confirma que o recorrente teria adentrado em seu estabelecimento comercial, pelo telhado - o qual ficou danificado - e de lá

subtraído os bens. Ela sofreu a ação e os prejuízos causados pelo apelante. Sua narrativa, pois, é de grande relevância.

“Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância” (TACRIM – Ap. 440.643-6 – 8ª Câmara – j. 23.07.86 – Rel. Juiz Canguçu de Almeida, v. u., JUTACRIM 91/407). *“Não há desmerecer o valor da palavra da vítima: ao revés, sua condição de protagonista do evento delituoso é a que a credencia, sobre todos, a discorrer das circunstâncias dele. “Tão só em casos excepcionais, de manifesta contravenção da verdade sabida, será lícito opor restrições ao teor de suas palavras. No geral, a palavra da vítima é a primeira luz que afugenta as sombras sob que se pretende abrigar a impunidade”* (TACRIM – Ap. nº 1.047.937/5, Rel. : Juiz Carlos Biasotti).

O guarda civil municipal Java depôs que durante o patrulhamento, notou o apelante ocultando um objeto, momento em que procederam com sua abordagem. Em sua posse foram encontradas diversas peças de motocicletas, incluindo bateria, óleo, entre outros itens, além de um notebook com um adesivo da empresa Monumental Motos. Com o auxílio do sistema de monitoramento, foi possível identificar a loja e entrar em contato com o proprietário. Não se recorda se o recorrente afirmou ter encontrado os referidos objetos no terreno.

O guarda municipal surpreendeu o recorrente na posse dos diversos objetos subtraídos, sendo que conseguiu identificar que era de propriedade do estabelecimento vítima.

Não há motivo para afastar seus depoimentos, pois não se vê desejo de mentir ou incriminar um inocente, tampouco, animosidade entre eles e o apelante, apenas o desejo de contribuir para o esclarecimento dos fatos.

Eles também são funcionários públicos, cumpridores de seus deveres, dentre eles, o de coibir o avanço da prática delitiva. Seria um contrassenso constituir um corpo de servidores para tal tarefa, similar a de policiais militares e policiais civis e, depois, quando depusessem mais tarde, duvidar de suas palavras.

Mais que isso, são agentes de segurança pública, agem em nome do Estado e, conseqüentemente, suas ações, num sentido lato, têm legitimidade, até prova em sentido contrário, o que incorreu na espécie.

Ressalta-se que as partes desistiram da oitiva da testemunha Alexandra, o que foi homologado pelo douto Magistrado (fls. 163).

Diante desse panorama, **não há dúvida quanto à responsabilidade criminal do apelante pelo furto**, embora ele tenha negado a subtração, admitiu que os bens estavam em sua posse, o que foi corroborado pela declaração da vítima, bem como pelo depoimento do guarda municipal, que inclusive, destacou que o recorrente tentou esconder a mochila contendo os objetos furtados quando notou a aproximação da viatura. Nota-se que, logo após os fatos, o apelante foi abordado pela Guarda Municipal, que recuperou os bens subtraídos do estabelecimento comercial. Acrescente-se que a alegação pelo apelante sequer faz sentido, pois, caso outra pessoa tivesse subtraído os bens, não os deixaria jogado em um terreno.

Os bens estavam com o apelante, isso reforça ser o furtador.

Cafferata Nores salienta que a posse da res furtiva é indício tanto mais unívoco e relevante para a inferência da autoria dos crimes subtrativos quanto mais próximos, no tempo e no espaço, o fato indiciário e o fato indicado (*La prueba en el proceso penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184).

“Em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório” (BMJ 91/6 e RJD 18/66).

Ademais, as **qualificadoras da escalada e rompimento de obstáculo** foram comprovadas pelas declarações da vítima, bem como pela perícia técnica do local, instruída com fotografias, a qual atestou que ***“(…) houve o acesso delituoso ao interior do imóvel caracterizado por escalada sobre o telhado e ao interior da edificação caracterizado por rompimento de telha instalada como obstáculo. O acesso ao topo do telhado danificado pode ter ocorrido por escalada sobre o muro lateral do imóvel de nº 1144 e 1152 da avenida São Paulo, onde havia instalação de concertina metálica em partes da fachada. O referido imóvel apresentava justaposição pelos fundos, com o imóvel examinado”*** (fls. 122 – destacou-se).

Guisepe Chiovenda: “Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto etc.). Aliás, pode-se escolher para perito ainda uma pessoa inculta,

desde que versada na questão técnica discutida em Juízo (...). Quanto mais técnica é a questão submetida ao juiz, tanto maior é a utilidade da perícia” (*Instituições de direito processual civil*. V. III. Tradução da 2ª ed. por Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 143).

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

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

Diante desse panorama, não há se cogitar de absolvição por insuficiência de provas. Sendo assim, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A pena não comporta reparo.

Na primeira fase, diante da presença de duas qualificadoras (escalada e rompimento de obstáculo), uma foi utilizada como circunstancia desfavorável, artigo 59 do Código Penal, além disso, o recorrente é possuidor de maus antecedentes (autos nº 0050837-60.2010.8.26.0050, fls. 49), assim, a pena-base foi fixada 1/5 acima do mínimo legal, fração que se mostra

proporcional e razoável à espécie, tem-se dois (2) anos e quatro (4) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa.

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

Nesse sentido a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes” (REsp n. 1.741.828/SP – T5 – Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi – J. em 4.9.2018). Na mesma linha de entendimento: HC 540836/SP - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE) - J. em 19.11.2019 - DJe em 25.11.2019; AgRg no REsp 1840109/PR - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 19.11.2019 - DJe em 3.12.2019; HC 530738/RS - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 8.10.2019 - DJe em 14.10.2019; AgRg no HC 502995/MS - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - J. em 15.8.2019 - DJe em 23.8.2019 e HC 509437/SP - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Félix Fischer - J. em 18.6.2019 - DJe em 25.6.2019.

O direito ao esquecimento cabe a quem não comete mais delito. Aquele que, novamente, reitera ou reincide em uma infração penal, até mesmo para a individualização penal, concreta, deve ter seu passado verificado. Isso não é perpetuar uma condenação e, sim, efetivar o princípio da isonomia, no

caso, tratar desiguais desigualmente, um primário não pode ter pena igual a quem tem histórico de antecedentes passados.

Pode-se ter discricionariedade na fixação da pena-base mais elevada, desde que fundamentada e proporcional à conduta lesiva, com dados concretos para tanto, não há critério matemático. No Excelso Superior Tribunal de Justiça: "3. 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. No presente caso, conforme se observa, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base de 3 meses para o crime do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, pelos maus antecedentes (1 condenação transitada em julgado), mostrando-se proporcional, até porque ficou menor que a majoração usual estabelecida em 1/6" (*AgRg no AREsp 1449050/DF* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 23.4.2019 – DJe 10.5.2019)."3. A pena-base foi proporcional e razoavelmente elevada em 1/4, eis que valoradas negativamente dois vetores do art. 59 do Código Penal, quais sejam, pelos fatos de o paciente ter cometido o delito quando se encontrava em livramento condicional e de possuir maus antecedentes" (*HC 490375/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – J. 11.4.2019 – DJe 6.5.2019), apenas para ilustrar a assertiva.

Destarte, é razoável e proporcional a fração de acréscimo de 1/6 para cada circunstância judicial (*HC 505435/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. 4.6.2019 – DJe 17.6.2019). Nesse sentido: *HC 479453/MS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 14.5.2019 – DJe 23.5.2019.

Na segunda fase, o recorrente é multirreincidente, ostentando três

condenações anteriores (autos nº 1507069-43.2019.8.26.0228, fls. 50/51; 1508997-29.2019.8.26.0228, fls. 51) assim, a pena foi majorada em mais 1/5, obtendo-se dois (2) anos, dez (10) meses e dezesseis (16) dias de reclusão e pagamento de quatorze (14) dias-multa.

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

Na hipótese dos autos, diante da pluralidade de condenações definitivas ostentadas pelo recorrente, é perfeitamente possível que sejam consideradas em fases distintas da dosimetria para justificar o respectivo aumento, não havendo se falar em ofensa ao enunciado da Súmula 241 do STJ. Aliás, o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que *"se o réu possuir mais de uma condenação transitada em julgado, não há bis in idem por algumas delas serem consideradas como maus antecedentes, a exasperar a pena-base acima do mínimo legal, e que as outras sejam utilizadas para se reconhecer a reincidência, agravando, assim, a reprimenda na segunda fase do cálculo da pena. É que, em tais casos, não se trata de valoração do mesmo fato em momentos distintos da fixação da pena, o que preserva a Súmula 241 do STJ"*. (*Habeas Corpus 166.471/SP*, Sexta Turma, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Julg. 28.6.2011).

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição.

A pena é final, pois mais nada a altera.

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

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

Ele ostenta maus antecedentes e é multirreincidente, inclusive, na prática de crimes patrimoniais (fls. 47/52), incide, pois, o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal. Nota-se que o apelante, mesmo não tendo cometido crime com grave ameaça ou violência, tinha habilidade na prática delitiva, mediante escalada, escalou o muro lateral, danificou o telhado e adentrou no imóvel da vítima, conseguindo subtrair diversos bens. Ele demonstra **tendência delitiva, periculosidade e ousadia.**

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

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

Pelo só fato de haver delito sem grave ameaça ou violência não

impera regime mais benéfico desde já. Deve-se ter em mente o lugar em que é cometido, no caso, no litoral do Estado; o momento, durante a manhã; as condições subjetivas de quem o pratica, reitere-se, pela última vez, por alguém é reincidente, com reiteração na prática de delitos, conhecido dos meios policiais. O maior rigor é exigível, tal qual fez o douto Magistrado, com prudência e acerto.

Embora divergente nos pretórios, já se decidiu que: *“Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no art. 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta”* (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192.

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

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

Em arremate, com a nova redação do **art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal**, na **detração**, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescenta-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma

resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo não provimento do recurso.

Recurso preso (fls. 191). Deverá permanecer no cárcere, porque seria ilógico mantê-lo toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de sua responsabilização, libertá-lo, ademais, ele ostenta maus antecedentes e é reincidente e o crime é equiparado a hediondo, viu-se que o apelante é perigoso e ousado, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.