



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000405218

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503658-07.2024.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante DIONE PITER MIRANDA RONCADA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base, estabelecendo a pena final em três (3) anos, um (1) mês e dez (10) dias de reclusão e pagamento de quinze (15) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA
Relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16375

Apelação Criminal nº 1503658-07.2024.8.26.0037

Comarca: 1ª Vara Criminal de Araraquara

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Ítalo Fernando Pontes de Camargo
Ferro

Apelante: Dione Piter Miranda Roncada

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Dione foi condenado a sete anos de reclusão e ao pagamento de 116 dias-multa por furto qualificado, em concurso com outro indivíduo não identificado, de cabos de telefonia avaliados em R\$ 3.500,00, pertencentes à Vivo S.A. A subtração ocorreu mediante escalada, e Dione foi surpreendido em posse dos cabos e ferramentas utilizadas no crime.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) a suficiência das provas para a condenação, (ii) a adequação da pena-base e da pena de multa, e (iii) o regime inicial de cumprimento da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo a apreensão dos cabos em posse do apelante.

4. A negativa do apelante não convence frente às provas robustas que o incriminam. A qualificadora de escalada foi demonstrada.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena-base, estabelecendo a pena final em três anos, um mês e dez dias de reclusão e pagamento de quinze dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

TESE DE JULGAMENTO: 1. A posse da res furtiva gera presunção de autoria. 2. A pena deve ser proporcional às circunstâncias do delito e aos

antecedentes do réu.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 155, § 4º, inciso II; art. 59; art. 33, § 2º, c; art. 44, caput, inciso II; art. 77, caput, inciso I.

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

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.03.2017.

RJDTACRIM 27:180; RJTACRIM 57/144; RSTJ 26/340.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 183/184

O apelante, **Dione**, foi condenado à pena de sete (7) anos de reclusão, em *regime inicial fechado*, e ao pagamento de cento e dezesseis (116) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no **artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal**, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque no dia 16.10.2024, por volta da 0h40min, na Avenida Alziro Zarur, nº 70, Jardim Roberto Selmi Dei, Araraquara/SP, agindo em concurso e unidade de desígnios com outro indivíduo ainda não identificado, subtraiu, em proveito comum, mediante escalada, aproximadamente 15 metros de cabo de telefonia da marca Alcoa, modelo CTP-APL 65, com feixe de 200 pares metálicos isolados, avaliados no valor total de R\$ 3.500,00, pertencentes à empresa “Vivo S.A.”.

Apurou-se que Dione, juntamente com o comparsa não identificado, munuiu-se com instrumentos cortantes, galgou uma árvore até sua copa para ter acesso à rede elétrica, então subtraiu o cabo de telefonia instalado no poste de iluminação pública. Para tanto, o apelante seccionou o cabo com um facão e um alicate, enquanto seu comparsa aguardou no local dando cobertura à ação criminosa. Ocorre que um vigilante da escola municipal “Altamira Amorim Mantese”, situada defronte ao local dos fatos, visualizou a ação delituosa e acionou a Guarda Municipal. Em seguida, guardas municipais deslocaram-se

até o local e surpreenderam o apelante na posse do bem subtraído. O comparsa do apelante fugiu pouco antes da chegada dos guardas municipais e não foi localizado. Em busca pessoal, localizaram uma faca e um alicate utilizados para seccionar o cabo de telefonia.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** redução da pena-base; **c)** correção da pena de multa; **d)** regime inicial semiaberto (fls. 212/218).

Contrarrazões da Acusação (fls. 222/225), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 31.1.2025 (fls. 200).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo conhecimento e parcial provimento ao recurso defensivo, para alteração da pena-base e da pena de multa (fls. 244/260).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 178/182).

II – Fundamentação

O apelo comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Italo Fernando Pontes de Camargo Ferro.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, boletim de ocorrência de fls. 7/10, auto de exibição e apreensão de fls. 17, laudo pericial de descrição de objeto de fls. 64/67, laudos

das ferramentas de fls. 68/70 e 71/72, auto de entrega de fls. 80/81 e auto de avaliação de fls. 82 e prova produzida em Juízo, subtraiu-se bem de valor econômico.

A autoria é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, **optou pelo silêncio**, respaldado em norma de ordem constitucional (fls. 5/6).

Em Juízo, **negou o delito**. Encontrou uma mochila no local dos fatos. Pegou o fio pendurado na árvore. Levava embora quando foi abordado pela guarda municipal. Estava sozinho. É tatuador e servente de pedreiro. Portava uma pequena faca de serra que encontrou momentos antes na praça.

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 negativa não convence.

W., representante da empresa-vítima, declarou que prestava serviço

de vigilância para a empresa Vivo. Soube dos fatos quando foi chamado na delegacia. **Reconheceu os fios de energia como sendo de propriedade da Vivo.** Os fios são instalados no poste de energia. **Foi constatado o rompimento dos fios. Geralmente as árvores são utilizadas para alcançar o poste.** O rompimento do fio gera problemas de funcionamento do serviço. Não conhece o apelante. Não compareceu no local dos fatos.

Ele foi intimado a comparecer à delegacia de polícia, onde reconheceu e recuperou os cabos subtraídos (fls. 80/81). Estimou o valor dos 15 metros de fio em R\$ 3.500,00 (fls. 82).

Samuel, guarda civil municipal, depôs que receberam um chamado via rádio. Alguém informou sobre furto de fios. Na rua lateral da escola, avistaram o apelante puxando os fios. Realizaram a abordagem. Não mediu o tamanho do fio. Calcularam de 8 a 10 metros. **Em revista pessoal, encontrou uma faca no bolso direito.** Ele portava uma bolsa. **Havia ferramentas, como alicate.** Ao se aproximarem do local, viram alguém correndo na rua de cima. O vigia da escola disse que haveria um segundo indivíduo. **Ao ser indagado, o apelante disse que a fiação já estava cortada e apenas puxou os fios.** Os fatos ocorreram por volta da meia noite. A outra viatura conversou com o vigia. Não sabe se o vigia reconheceu o apelante.

Mateus, guarda civil municipal, depôs que receberam um chamado via rádio sobre furto de fios em frente a uma escola. **Ao chegarem, o apelante estava virando a rua com os fios em mãos. Ao ser abordado, o recorrente informou que a fiação estava jogada na rua.** A outra viatura chegou e conversou com o vigia. Este informou as vestes do apelante e do comparsa. **Ele teria escalado a árvore para corte do fio. O apelante trazia consigo uma faca de serra e um alicate em sua bolsa.** Não o conhecia previamente. Não teve contato com o vigilante.

Os guardas civis municipais confirmaram a acusação e incriminam o recorrente, não há razões para rechaçar suas narrativas.

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

Mais que isso, os guardas municipais 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 inocorreu na espécie.

Já se decidiu: "4. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, Dje 1º/3/2019)" (**HC 525772/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 17.10.2019 – DJe 24.10.2019).

O guarda civil municipal pode realizar a atividade e assim o faz para auxiliar as polícias militar e civil, tal o incremento da criminalidade. Até mesmo alguém do povo pode realizar a prisão em flagrante (o tráfico é um crime permanente, logo, sempre há a flagrância, art. 303 do Código de Processo Penal).

"2. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, DJe 1º/3/2019)" (**HC 518097/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 1.10.2019 – DJe 7.10.2019).

No mesmo sentido: **RHC 94061/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 19.4.2018 – DJe 30.4.2018; **AgRg no AREsp 771369/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – J. 28.11.2017 – DJe 4.12.2017 e **HC 344085/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 30.6.2016 - DJe 1.8.2016, para exemplificar.

Recentemente, houve decisão do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, ou seja, que não haveria possibilidade da ação desses servidores numa prisão em flagrante. Reforçou-se o que estabelece a Constituição Federal de 1988, ou seja, que afirma que os guardas municipais metropolitanos devem se limitar à proteção de bens, serviços e prédios públicos. Segundo o Min. Relator da ação seria caótico autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo (**REsp 1977119/SP** - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Rogério Schietti - J. 16.8.2022 - DJe 23.8.2022).

Há alguns meses, no entanto, no **RE 1281774 AgR-ED/SP - São Paulo**, Emb. Dec. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário, o Min. do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, deu provimento ao inconformismo para reconhecer a "legalidade da prisão em flagrante realizada pelos guardas

municipais", pois as Guardas Municipais são previstas na Constituição Federal (art. 144), no Capítulo III, Título V (Da segurança pública) e, portanto, cumprem papel nas atividades estatais de segurança pública, conforme expressa previsão constitucional e regulamentação legal, desempenhando função pública essencial à manutenção da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, em especial de bens, serviços e instalações dos Municípios, elas desenvolvem atividade de segurança pública, essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF), como se depreende do elenco de suas atribuições constante da Lei nº 13.022/2014 (Julg. 10.5.2022 - Publ. 11.5.2022), ou seja, predominantemente os guardas metropolitanos cuidam dos bens, serviços e instalações dos Municípios, não exclusivamente, teriam atribuição, pois, **para outras atividades para assegurar a ordem pública e a paz social, impedindo o avanço da criminalidade, que afetaria a segurança de todos.**

Por fim, no dia 25.9.2023, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADPF 995**, decidiu que a Guarda Municipal exerce função de segurança pública, ainda que não elencada expressamente no art. 144 da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro Relator Sua Excelência Alexandre de Moraes: "*As guardas municipais têm entre suas atribuições primordiais o poder-dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais. Trata-se de atividade típica de segurança pública exercida na tutela do patrimônio*". **Com isso, ficou pacificado que os guardas municipais podem exercer atividades de policiamento nas vias públicas e efetuar prisões em flagrante.**

Aliás, para legitimar ainda mais a ação dos guardas municipais, foi promulgada e está em vigor o Decreto nº 11.841, de 21.12.2023, que regulamenta a Lei nº 13.022, de 8.8.2014, que dispõe sobre a cooperação das

guardas municipais com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Leia-se: "Art. 3º As ações das guardas municipais a que se refere o art. 2º serão realizadas de forma integrada com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal e terão como princípios: I - a garantia do respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição; II - a contribuição para a paz social, a prevenção e a pacificação de conflitos; e III - a garantia do atendimento de ocorrências emergenciais. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se ocorrência emergencial aquela cujas características exijam a atuação célere e imediata dos órgãos de segurança pública e configurem grave dano ou risco de dano à vida e à segurança das pessoas e do patrimônio. § 2º As guardas municipais, no atendimento das ocorrências emergenciais, realizarão os procedimentos preliminares iniciais, acionarão os órgãos de segurança pública cuja atuação seja necessária e prestarão apoio para a continuidade do atendimento.

(...)

Art. 5º Na hipótese de ocorrências que configurem ilícito penal, as guardas municipais poderão: I - realizar a prisão em flagrante dos envolvidos, na forma prevista nos art. 301 e art. 302 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; II - apresentar o preso e a correspondente notificação circunstanciada da ocorrência à polícia judiciária competente para a apuração do delito; e III - contribuir para a preservação do local do crime, quando possível e sempre que necessário".

E não há retroação de lei menos benéfica, porque a Lei nº 13.202/2014, já estava em vigor desde 8.8.2014, publicação no DOU do referido diploma legal, sendo apenas explicitada, o que já vinha sendo aceito por parcela da jurisprudência, a respeito da incumbência dos guardas municipais (Art. 2º. Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil,

uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal).

Isac, testemunha comum, disse que trabalhava como vigilante da escola. **Houve uma pane na energia da escola. Avistou que os fios do poste de energia estavam sendo puxados. O muro da escola é alto, então não viu o indivíduo.** Acionou a Guarda Municipal. Não presenciou a abordagem. **Não sabe quantas pessoas participaram do crime.**

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Depreende-se que houve interrupção da energia elétrica na escola municipal defronte ao local dos fatos. O vigilante da escola, Isac, comunicou a Guarda Civil e disse que os fios estavam sendo puxados por alguém que não viu.

No local dos fatos, os guardas municipais encontraram o apelante na posse de uma faca, um alicate e da *res furtiva* (15 metros de cabos “CTP APL CA 65X200”, fls. 80), oportunidade em que também alegou ter encontrado a fiação já cerrada e, por isso, teria se apoderado dela.

Nada obstante a negativa do apelante, no sentido de que apenas encontrou o fio já cortado no solo, assim como teria encontrado a mochila e ferramentas no local, é certo que as demais provas o incriminam.

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).

A esse respeito, confira-se ainda o seguinte julgado: *“A apreensão, ainda que de parte das coisas surrupiadas em poder do acusado, gera contra ele presunção de certeza em relação a autoria.”* (RJDTACrimSP 27:180). No mesmo sentido, JUTACRIM: 66/410, 98/260; RJDTACRIM 1/103, 6/132, 6/133, 6/134, 6/140, 8/96.

A qualificadora pela escalada foi demonstrada.

A aplicação da qualificadora mostra-se adequada no caso concreto, tendo em vista que os cabos subtraídos estavam instalados a uma altura de aproximadamente 5 metros, o que exige, necessariamente, o emprego de meio anormal de acesso. A presença de uma árvore no local (imagem 1, fls. 103) aliada às declarações do representante da empresa vítima – no sentido de que os criminosos normalmente valem-se de árvore para acessar os fios –, reforçam a configuração da qualificadora.

“Para danificação do cabeamento elétrico do local, considerando a altura média de tais cabos (aproximadamente 5 metros), **presume-se que o autor tenha realizado a prática de escalada, o que não pôde ser confirmado, tendo em vista a ausência de vestígios relacionados.** Segundo as informações constantes na requisição de exame pericial, o fato teria ocorrido na madrugada do mesmo dia da realização deste exame. **Na fiação remanescente foram constatados sinais de secção recente, causadas por instrumento à guisa de corte.** A despeito das buscas empenhadas pelo local, não foi possível

localizar os objetos utilizados.” (fls. 102).

Guiseppe 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).

A qualificadora do *concurso de agentes* foi devidamente afastada pela insuficiência de provas.

Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A dosimetria sofre reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi elevada pelas circunstâncias do crime, eis que o apelante praticou o delito aproveitando-se do período de diminuta vigilância (por volta da 0h40min, fls. 7), o que certamente favoreceu a consecução do ilícito. Além disso, ele registra maus antecedentes (autos nº 0000312-79.2011.8.26.0037, art. 157 CP, fls. 33/34). E, havendo duas circunstâncias judiciais negativas, a fração de 1/3 revela-se mais proporcional e adequada à hipótese, tendo-se dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão e

pagamento de treze (13) dias-multa.

Na **segunda fase**, devido à presença da **reincidência** (autos nº 0002291-22.2024.8.26.0037, art. 12, Lei n. 10.826/03, fls. 33; 1500690-67.2022.8.26.0556, art. 147, CP, fls. 34/35), a reprimenda foi elevada de 1/6, tem-se três (3) anos, um (1) mês e dez (10) dias de reclusão e pagamento de quinze (15) dias-multa.

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

A **pena é final**, pois nada mais a modifica. O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o **inicial fechado**.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O apelante registra **maus antecedentes** por crime patrimonial e dupla **reincidência** genérica. No caso, praticou o delito durante período de menor vigilância e mediante escalada, subtraindo fiação avaliada em R\$ 3.500,00 (fls. 82).

O **dolo** é mais intenso, pois reitera na prática de delitos e possui tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Só pelo fato de o delito não ter sido praticado com grave ameaça ou violência, não impera regime mais benéfico. Deve-se ter em mente as condições subjetivas de quem o pratica. No caso, conforme já analisado, as circunstâncias judiciais foram desfavoráveis.

Supremo Tribunal Federal: (...) *o artigo 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto) (RHC 134829/RJ – T2 - Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).*

“Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no artigo 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).

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

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

Não se verifica afronta aos enunciados das Súmulas 269 e 440 do

Superior Tribunal de Justiça, bem como das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a fixação do regime prisional observou as circunstâncias concretas do caso e as condições pessoais do agente, não se tratando de mera opinião do Magistrado.

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

Por fim, **incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou a concessão de “sursis” devido à reincidência**, existindo, por conseguinte, proibição legal (artigos 44, “caput”, inciso II, e 77, “caput”, inciso I, do Código Penal). Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude praticada.

O art. 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, que não é o caso.

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

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 parcial provimento do recurso para reduzir a pena-base, estabelecendo a pena final em três (3) anos, um (1) mês e dez (10) dias de reclusão e pagamento de quinze (15) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 190). A prisão deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, em regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal, até porque se trata de agente reincidente e com maus antecedentes. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta.

Não é demais lembrar que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 9 do ESTJ). RJTJERGS 148/15 e RT 686/391. No mesmo sentido, RT 728/476, JSTJ 19/217 e 42/86-7.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.