



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000422948

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501451-94.2024.8.26.0567, da Comarca de Votorantim, em que é apelante CARLOS ALEX DOS SANTOS YOKOI, 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 elevar a pena-base em somente 1/4, redimensionado a pena final para três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de dezesseis (16) 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 Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), ALEXANDRE ALMEIDA E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16475

Apelação Criminal nº 1501451-94.2024.8.26.0567

Comarca: Vara Criminal de Votorantim

Juza de Direito: doutora Barbara Syuffi Montes

Apelante: Carlos Alex dos Santos Yokoi

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Carlos Alex foi condenado a quatro anos de reclusão em regime fechado por furto qualificado, com subtração de um celular e R\$ 275,00 de um estabelecimento comercial, mediante rompimento de obstáculo e escalada. A defesa apelou, buscando afastamento de maus antecedentes, menor elevação da pena-base, compensação entre reincidência e confissão, regime inicial menos severo e aplicação da detração penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea; (ii) a adequação do regime inicial de cumprimento da pena; e (iii) a aplicação da detração penal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo confissão do apelante.

2. A compensação parcial entre a reincidência e a confissão espontânea é possível, sobretudo diante da multirreincidência. O regime inicial fechado é mantido devido à reincidência e maus antecedentes.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso parcialmente provido para redimensionar a pena, mantendo-se o regime inicial fechado.

2. *Tese de julgamento:* 1. A compensação entre reincidência e confissão espontânea é possível, mas no caso de multirreincidência, considera-se a preponderância da agravante. 2. O regime inicial fechado é adequado para

reincidentes com maus antecedentes.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Constituição Federal, art. 3º, inciso I; art. 5º, inciso II; art. 144, incisos IV e V, § 4º e § 5º; Código Penal, art. 28; art. 33, § 2º, alínea "b", §§ 2º e 3º; art. 44, "caput", incisos II e III; art. 61, inciso I; art. 155, incisos I e II, § 2º; art. 59; Código de Processo Penal, art. 387, "caput", inciso IV, parágrafo 2º; art. 188.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.03.2017; STJ, AgRg no Resp 1770649/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, T6, j. 07.05.2019; STJ, HC 479583/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 05.02.2019; STJ, HC 413618/AP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.08.2018; STJ, HC 427179/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 27.02.2018; STJ, AgRg no REsp 1630537/MS, T5, j. 21.02.2017; STJ, HC 358679/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 23.08.2016; STJ, HC 645.844/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 13.04.2021; STJ, AgInt no HC 541963/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.02.2020; STJ, AgRg no AREsp 1449050/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 23.04.2019; STJ, HC 490375/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 11.04.2019; STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.05.2017; STJ, HC 385130/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.05.2017; STJ, HC 338940/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.05.2017; STJ, HC 352983/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 04.05.2017; STJ, HC 392551/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 02.05.2017; STJ, HC 392027/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 02.05.2017; STJ, REsp 1.931.145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 22.06.2022; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma; TACRIM, Ap. 440.643-6, 8ª Câmara, Rel. Juiz Canguçu de Almeida, j. 23.07.86; TACRIM, Ap. nº 1.047.937/5, Rel. Juiz Carlos Biasotti; RJDTACRIM 19/99, 27:180; RT 559/358, 518/377, 684/329; BMJ 91/6, RJD 18/66; RJTACRIM 57/144, 42/236; RSTJ 26/340, JSTJ 8/192.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 157/158

O apelante, Carlos Alex, foi condenado à pena de quatro (4) anos de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de vinte (20) dias-multa, no valor mínimo, e reparação dos danos no valor mínimo de R\$ 150,00, nos termos do artigo 387, “caput”, inciso IV, do Código de Processo Penal, como incurso no **artigo 155, incisos I e II, do Código Penal**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, no dia 25.5.2024, por volta das 3 horas e 40 minutos, no estabelecimento comercial denominado “Gomes Materiais para Construção”, situado na Avenida Luiz do Patrocínio Fernandes, nº 812, Vila Dominguinho, Votorantim/SP, subtraiu, para si, mediante rompimento de obstáculo e escalada, um celular e a quantia de R\$ 275,00, pertencentes à pessoa jurídica “Jgv Materiais para Construção Ltda.”. Aproveitando-se da menor vigilância exercida pelas pessoas durante o repouso noturno, o recorrente dirigiu-se ao estabelecimento “Gomes Materiais Para Construção”, escalou o portão, rompeu a porta de vidro e entrou na loja, de onde subtraiu o celular e a quantia de dinheiro, fugindo em poder desses bens. Policiais militares foram acionados e dirigiram-se ao estabelecimento. No local, depararam-se com a loja danificada e, durante diligências nas proximidades, encontraram o apelante, que trazia consigo uma mochila nas costas. Realizada a abordagem, os policiais encontraram com ele o aparelho telefônico e o dinheiro subtraídos recentemente. Preso em flagrante delito, o recorrente foi conduzido à Delegacia de Polícia, onde os bens foram restituídos ao representante da vítima.

Nas razões da apelação apresentada pela digna Defesa requereu-se **a)** afastamento dos maus antecedentes, pela ocorrência de “bis in idem”; **b)** menor elevação da pena-base; **c)** compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea; **d)** fixação de regime inicial menos severo; e **e)** aplicação da detração penal (fls. 187/194).

Contrarrazões a fls. 199/204 para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 10.1.2025 (fls. 196).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 218/222).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 155.

II – Fundamentação

O apelo comporta parcial provimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Barbara Syuffi Montes.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1 e 6/12, boletim de ocorrência de fls. 2/4, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 13, auto de avaliação de fls. 14 e prova oral colhida durante a instrução, subtraiu-se bens com valores econômicos.

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

No distrito, **ele confessou o crime. Entrou na loja de materiais para construção empurrando a porta que estava aberta e de lá subtraiu dinheiro e celular**, mas foi detido cerca de cinco minutos a pé do local. Praticou o crime para comprar mantimentos para sua casa (fls. 11/12).

A confissão (ela é o reconhecimento feito pelo imputado da sua

própria responsabilidade, no ensinamento de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 249) não é adjetivada de válida ou não pelo local em que proferida, mas sim em confrontação com as demais provas e pelo teor de seu conteúdo (observa esse aspecto JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 446-447, para ele, ainda, a confissão extrajudicial é classificada como prova indireta, isto é, um indício, pela falta de ampla defesa e contraditório). A confissão na fase investigativa, se não desmentida por outros elementos de prova, apesar das opiniões em contrário, torna-se prova suficiente para sustentar a convicção judicial, afinal, o ato foi colhido por Autoridade Policial, na presença de outros servidores públicos, tem presunção de legitimidade, embora, de início, não se tenham as partes atuando. No caso dos autos, especificando, pode ser aceita, porque em consonância com os elementos probatórios.

Não há, cumpre lembrar, estado de necessidade. Para que esta excludente de ilicitude incida o perigo deve ser atual. As dificuldades econômicas ou o desemprego não são suficientes para caracterizar aquela situação. Se assim o fosse, milhares de brasileiros estariam legitimados a cometerem infrações penais como as da espécie, o que não convém numa sociedade que busca a liberdade, justiça e solidariedade (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal promulgada em 5.10.88), norteadas pelos parâmetros legais (artigo 5º, inciso II, da Lei Teto).

“O fato do agente estar passando por dificuldades, situação da maioria dos brasileiros, não caracteriza o estado de necessidade” (RJDTACRIM 19/99). ***“Dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria, não caracterizam o estado de necessidade. Para que a excludente***

seja acolhida mister se torna que o agente não tenha outro meio a seu alcance, senão lesando o interesse de outrem. É necessário, pois, que a ação seja inevitável” (RT 559/358). No mesmo diapasão RT 518/377 e 684/329.

Em Juízo, o **recorrente tornou a confessar o delito**. Era usuário de cocaína. Foi demitido da empresa onde trabalhava e separou-se da namorada, razão pela qual teve uma recaída nas drogas. **Ficou andando, até que praticou o furto. Escalou o portão, mas a porta estava aberta, tendo apenas puxado, sem nada danificar**. Quando puxou a porta, houve um estalo.

Não é demais lembrar que o artigo 28, do Código Penal estabelece que a *embriaguez* e a ingestão de droga apenas eximem o agente de responsabilidade se advierem de caso fortuito (quando, por exemplo, desconhecia que estava consumindo substância alcoólica) ou força maior (tenha sido forçado a consumir o produto que lhe retirou a capacidade de autodeterminação), inexistentes na situação em comento.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado desta Colenda 11ª Câmara de Direito Criminal: “Outrossim, imperioso anotar que a embriaguez, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade penal e, em sendo absoluta, há que se comprovar ser originária de caso fortuito ou de força maior, o que não é o caso dos autos.” (*Apelação Criminal nº 1500073-78.2019.8.26.0341* - Relator Desembargador Guilherme G. Strenger - J. em 6.11.2019).

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 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 (artigo 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 confissão pode ser aceita.

A vítima R. declarou que durante a madrugada estava dormindo quando **o alarme da loja disparou. Acessou a câmera e observou alguém dentro do estabelecimento.** Sua esposa acionou a Polícia e dirigiu-se à loja, mas o furtador já havia saído. **Os policiais encontraram-no próximo à loja com seu celular e cerca de R\$ 250,00 em espécie.** Compareceu à Delegacia e recuperou todos os bens subtraídos. **O furtador pulou uma grade e, valendo-se de uma barra de ferro, estourou a fechadura de uma porta de vidro, por volta das 2 horas.** Não o conhecia. Gastou cerca de R\$ 250,00 com a troca da fechadura da porta, pois foi danificada.

A vítima confirmou a subtração do celular e de quantia de dinheiro e esclareceu que as câmeras de segurança registraram o furtador pulando a grade, estourando a fechadura da porta de vidro e entrando em sua loja. Ela não teria motivos para incriminar um inocente, ao menos nada nesse sentido foi alegado ou demonstrado. Deseja apenas esclarecer os fatos.

“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 – Relator 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, Relator : Juiz Carlos Biasotti).

Lucas Rafael, policial militar, depôs que receberam ocorrência de furto em andamento, cujo solicitante, por meio de câmeras, estava vendo o furtador dentro do estabelecimento. Dirigiram-se ao local e **observaram que a porta estava violada e aberta, a grade danificada e o alarme disparado. Com base na descrição das vestimentas, realizaram patrulhamento nas imediações e localizaram o recorrente em uma rua paralela com dinheiro e um celular. Questionado, ele confessou o furto.** Ele estava com cortes na mão e no braço. Ele foi preso em flagrante e conduzido à Delegacia. Não o conhecia. O delito ocorreu em período noturno.

Thaís, policial militar, afirmou que receberam ocorrência de furto em andamento nesse estabelecimento comercial e, **no local, verificaram que o alarme de intrusão estava disparado e a porta aberta, mas não havia ninguém. Realizaram patrulhamento nos arredores e, na rua de baixo, viram o recorrente com uma mochila na mão. Ele foi abordado e, dentro da mochila, encontraram um celular e cerca de R\$ 200,00 em dinheiro. Questionado, ele confessou que entrou na loja de materiais de construção e praticou o furto.** Não o conhecia. Acredita que o crime ocorreu por volta das 3 horas.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, pois confirmaram o encontro dos bens subtraídos em seu poder logo após os fatos e sua confissão informal. Com efeito, inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (artigo 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Os bens foram encontrados em poder do recorrente. Assim, reforça-se ser o autor do delito.

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.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

As qualificadoras do *rompimento de obstáculo* e da *escalada* ficaram comprovadas pelo laudo pericial de fls. 124/131, pois concluiu que *“1) a porta de vidro que dava acesso à área de compras apresentava danos, indicando que fora forçada; e 2) para transpor o portão frontal do imóvel ocorreria ESCALADA, caracterizada pela altura mensurada”* (fls. 126), bem como pelas imagens das câmeras de segurança (fls. 10 e 15), nas quais se observa o apelante escalando e pulando a grade do imóvel, forçando a porta de vidro, entrando na loja e subtraindo os bens que estavam no balcão.

Giuseppe 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 pena comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base pode ser elevada em 1/4, pelos maus antecedentes (processo nº 0007611-38.2012.8.26.0663, fls. 150 e 152), pelas circunstâncias do delito, pois praticado durante a madrugada, em período de menor vigilância, facilitando sua execução, e por existirem duas qualificadoras (rompimento de obstáculo e escalada), vez que é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de utilizar uma delas para qualificar o crime e as demais como circunstância judicial para elevar a pena-base (*AgRg no Resp* 1770649/RS - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - J. em 7.5.2019 - DJe 20.5.2019; *HC 479583/SP* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 5.2.2019 - DJe em 13.2.2019; *HC 413618/AP* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 23.8.2018 - DJe em 3.9.2018; *HC 427179/PR* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 27.2.2018 - DJe em 5.3.2018; *AgRg no REsp 1630537/MS* - T5 - Quinta Turma - J. em 21.2.2017 - DJe em 24.2.2017 e *HC 358679/SP* - T5 - Quinta

Turma - Relator Ministro Jorge Mussi - J. em 23.8.2016 - DJe em 31.8.2016), não apenas por um critério aritmético, todavia, mais próximo da individualização da pena, com proporcionalidade e razoabilidade, para quem, no momento, realizou um crime sem grave ameaça ou violência, tendo-se dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa.

Não há "bis in idem", porque não é a mesma condenação usada para a elevação da pena-base e para configurar a reincidência, na etapa seguinte. São condenações diversas. Realizar a fixação da pena sem atentar para isso violaria a individualização penal, porque alguém que não tem qualquer condenação teria direito à pena mínima na primeira etapa e, igualmente, na segunda. Não é o caso do recorrente, contumaz agente na realização de delitos. Essa condição não ofende a Súmula 241 do STJ.

O entendimento consolidado no **Superior Tribunal de Justiça** é no sentido de que “A utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como ocorreu no caso em apreço.” (*HC 645.844/PR* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Santos - J. em 13.4.2021 - DJe em 16.4.2021).

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: *AgInt no HC 541963/MG* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 18.2.2020 - DJe em 28.2.2020; *AgRg no AREsp 1449050/DF* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 23.4.2019 - DJe em 10.5.2019 e

HC 490375/SP - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi - J. em 11.4.2019 - DJe em 6.5.2019), apenas para ilustrar a assertiva.

Na **segunda fase**, verifica-se que o recorrente é multirreincidente, com seis condenações definitivas consideradas para aplicar a agravante (processos nº 0000034-82.2015.8.26.0443, fls. 144 e 148/149; nº 1500694-76.2019.8.26.0567, fls. 144/145 e 149/150; nº 0004880-64.2015.8.26.0663, fls. 145/146 e 149; nº 300120-89.2013.8.26.0663, fls. 146/147 e 151; nº 0001784-41.2015.8.26.0663, fls. 147 e 148; e nº 1502172-56.2018.8.26.0567, fls. 147/148 e 150/151), mas confessou o delito. Assim, a compensação parcial entre essas circunstâncias é possível, sendo adequado o agravamento da pena em 1/3, tendo-se três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de dezesesseis (16) dias-multa.

Pode haver compensação entre atenuantes e agravantes, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o artigo 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência: "A Terceira Seção,

por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no artigo 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (*Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP*, paradigmas do Tema 585. Cf., REsp 1.931.145/SP - Terceira Seção - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na **terceira fase**, não há causas de diminuição ou aumento.

A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa ficou no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

Em razão da reincidência, não é possível o reconhecimento do privilégio, nos termos do disposto no § 2º, do artigo 155, do Código Penal.

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.

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do

Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

No caso, em que pese o montante da pena, o **apelante é reincidente e tem maus antecedentes**. Ele 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.

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).

No mesmo sentido: "***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).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, mas preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

O **delito também é concretamente grave**, pois o recorrente agiu em período de menor vigilância, facilitando a execução do crime, além de ter escalado a grade e danificado a porta da loja, certo que a vítima ainda suportou prejuízo com o conserto dos danos provocados na fechadura.

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.

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).

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

Com a nova redação do artigo 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; acrescente-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 desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. 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 a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, sobretudo em razão da reincidência e dos maus antecedentes e porque o apelante demonstrou que faz do crime contra o patrimônio seu meio de vida, existindo, por conseguinte, proibição legal (artigo 44, "caput", incisos II e III, do Código Penal).

Em caso contrário, ficaria com sentimento de impunidade em seu espírito, dificultando a apreensão da extensão da atitude ilícita. Caso isso fosse feito, ele não teria consciência da ilicitude que fez. Os benefícios são aplicados em situações que as penas restritivas de direitos ou a suspensão da execução da pena são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, o que não é o caso.

Por fim, **mantém-se o valor mínimo da indenização fixada na respeitável sentença, em R\$ 150,00, por força do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.**

Houve pedido do Ministério Público na inicial acusatória (fls. 104)

e apurou-se, durante a instrução, que a vítima suportou prejuízo no valor de R\$ 150,00 com os reparos dos danos provocados pela ação criminosa do recorrente (fls. 96). Os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal foram observados. E esse é o objetivo da norma, abreviar a indenização dos lesados, cujo prejuízo, no caso presente, ficou sobejamente evidenciado.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para elevar a pena-base em somente 1/4, redimensionando-se a pena final para três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de dezesseis (16) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 165). A prisão deve persistir, pois, agora, existe uma condenação por respeitável sentença, com regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta, sobretudo quando se trata de reincidente.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.