



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000433109

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001730-06.2018.8.26.0070, da Comarca de Batatais, em que é apelante CRISTIANO DOS SANTOS SILVA, 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, com determinação nos termos do voto do E. Relator. 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, 5 de maio de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16467

Apelação Criminal nº 0001730-06.2018.8.26.0070

Comarca: Vara Criminal de Batatais

Juíza de Direito: doutora Adriana Aparecida de Carvalho Pedroso

Apelante: Cristiano dos Santos Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréus: Jose Welton da Silva do Nascimento e Marco Antonio Mazzo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO IMPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Cristiano foi condenado a dois anos e quatro meses de reclusão em regime semiaberto, além de multa, por furto qualificado mediante rompimento de obstáculo e concurso de agentes, ao subtrair um botijão de gás e canos de cobre de um consultório em Batatais/SP. A condenação foi baseada em provas materiais e testemunhais, incluindo a confissão.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em (i) a suficiência das provas para a condenação, (ii) a aplicação do princípio da insignificância, e (iii) a manutenção da qualificadora de rompimento de obstáculo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas robustas, incluindo a confissão do réu e depoimentos de policiais.

2. O princípio da insignificância não se aplica devido ao valor dos bens e à reincidência do réu. A qualificadora de rompimento de obstáculo foi mantida com base em laudo pericial.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso desprovido.

2. Tese de julgamento: 1. A confissão e as provas testemunhais são suficientes para a condenação. 2. A reincidência e o valor dos bens subtraídos impedem a aplicação do princípio da insignificância.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, arts. 28, 33, §§ 2º e 3º, 44, “caput”, incisos II e III, 59, 61, inciso I, 64, I, 77, “caput”, incisos I e II, 107, inciso IV, 155, § 2º, § 4º, incisos I e IV; Código de Processo Penal, art. 188, art. 387, parágrafo 2º; Constituição Federal, art. 144, incisos IV e V, § 4º, § 5º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, HC 115591/PE, T1, Rel. Min. Rosa Weber, j. 9.4.2013; STF, HC 98944/MG, T1, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4.5.2010; STF, HC 114241/RS, T2, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.2.2013; STF, HC 91920/RS, T2, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 9.2.2010; STF, HC 97012/RS, T2, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 9.2.2010; STF, AI 559904 QO/RS, T1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 7.6.2005; STF, HC 110841/PR, T2, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.11.2012; STF, HC 191126, T1, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29.3.2021; STJ, REsp 1.741.828/SP, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4.9.2018; STJ, HC 540836/SP, T5, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 19.11.2019; STJ, AgRg no REsp 1840109/PR, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.11.2019; STJ, HC 530738/RS, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 8.10.2019; STJ, AgRg no HC 502995/MS, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15.8.2019; STJ, HC 509437/SP, T5, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.6.2019; STJ, HC 393331/AL, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23.5.2017; STJ, HC 385130/SC, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18.5.2017; STJ, HC 338940/SC, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.5.2017; STJ, HC 352983/RJ, T5, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 4.5.2017; STJ, HC 392551/SP, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 2.5.2017; STJ, HC 392027/RJ, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 2.5.2017; STJ, REsp 1.931.145/SP, T3, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22.6.2022.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 767/768

O apelante, Cristiano, foi condenado à pena de dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, em *regime inicial semiaberto*, além do pagamento de onze (11) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal**, com possibilidade de recurso em liberdade,

porque, no dia **24.5.2018**, por volta da **1 hora e 50 minutos**, na Praça Doutor Jorge Nazar, nº 115, Batatais/SP, subtraiu, para proveito comum, mediante rompimento de obstáculo e agindo em concurso com os coacusados Marco Antônio Mazzo e José Welton da Silva do Nascimento, um botijão de gás e oito metros de canos de cobre, pesando cerca de dois quilos, pertencentes à vítima V. T. O recorrente e os corréus arrombaram o portão de entrada e causaram danos em uma parede do porão, a fim de entrarem no local dos fatos. Depois, eles arrastaram um compressor de ar visando facilitar a subtração. Ocorre que, pouco tempo depois de subtraírem os objetos citados e fugirem do local, foram vistos por policiais e tentaram fugir, mas foram abordados, sendo encontrado em poder deles um botijão de gás e os canos de cobre. A vítima foi localizada e reconheceu os objetos subtraídos.

O coacusado Marco Antônio foi condenado às mesmas penas, por infração ao mesmo delito, mas não recorreu (fls. 855).

Foi julgada extinta a punibilidade de José Welton pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código Penal (fls. 831/832).

Nas razões da apelação interposta pela digna Defesa requereu-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** atipicidade material da conduta, diante da aplicação do princípio da insignificância; e **c)** afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo (fls. 804/809).

Contrarrazões a fls. 845/847 com requerimento de manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 2.5.2023 (fls. 781).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 878/885).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 386 e link de fls. 651.

II – Fundamentação

O apelo não comporta provimento, subsiste a respeitável sentença proferida pela culta e dedicada Magistrada, doutora Adriana Aparecida de Carvalho Pedroso, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 4/8, 33 e 47, boletim de ocorrência de fls. 51/53, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 54, auto de avaliação indireta de fls. 64 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 e os coacusados ficaram em silêncio** (fls. 8, 33 e 47).

Em Juízo, **o recorrente confessou o crime**. Saiu de uma unidade prisional e teve recaída nas drogas. **Em razão da dependência química, praticaram o furto dos itens descritos na denúncia. Não arrombaram o portão, mas danificaram a parede para ter acesso aos bens.** O portão principal já estava aberto. No porão, havia uma grade que já estava solta e por onde era possível entrar.

A embriaguez (voluntária) não pode servir como subterfúgio para a prática de crimes. Caso contrário, bastaria o consumo de bebida alcoólica ou drogas para praticar os delitos e, então, eximir-se de responsabilidade penal.

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).

Marco Antônio confessou o delito. **O portão não foi arrombado, pois não estava trancado, apenas com as correntes entrelaçadas. O interrogando e os corréus subtraíram oito metros de cano e um botijão de gás. Quebraram a parede para subtrair os objetos.** Pretendiam vendê-los para comprar drogas. Está muito arrependido. Foram surpreendidos pelos policiais na rua, já distantes do local dos fatos. Haviam consumido crack, mas acabaram as porções e praticaram o furto para comprar mais drogas.

José Welton negou o crime. Era usuário de crack. Durante a madrugada, passava pela rua quando viu os corréus, que estavam com o botijão de gás e cobre e pediram para ajudá-los. Aceitou ajudá-los, pois ganharia R\$

20,00, mas logo em seguida foram abordados pelos policiais. Conhecia-os da rua. Não entrou no local para furtar os bens.

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 do apelante pode ser aceita.

A vítima V. declarou que os fatos ocorreram em seu consultório. Não havia ninguém morando no local, mas o prédio estava trancado com cadeado. O prédio está situado ao lado de uma residência desabitada. **No dia dos fatos, foi chamado pela Polícia para identificar três indivíduos que haviam sido surpreendidos com um botijão de gás e alguns metros de cobre. Os furtadores fizeram um buraco na parede do porão e empurraram o compressor, danificando-o e provocando vazamento de óleo. A seguir, subtraíram um botijão de gás e canos de cobre que faziam a conexão do compressor com o escritório.** Em razão dos fatos, não conseguiu mais trabalhar nesse consultório. **O portão do porão não estava arrombado, mas constatou que foi danificada a parede para ingresso no local.** Havia

dois buracos de ventilação no porão, mas pequenos, não sendo possível a passagem de uma pessoa. **Os furtadores fizeram outro buraco na parede para entrar no local.**

A vítima confirmou a subtração do botijão de gás e canos de cobre que estavam no porão de seu consultório, bem assim que os furtadores danificaram uma parede para acessar o local. Ela não teria motivos para incriminar inocentes, ao menos nada nesse sentido foi comprovado.

“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).

Carlos Eduardo, policial militar, depôs que realizavam patrulhando pela área central e, na Rua Coronel Manoel Savino, **visualizaram três indivíduos, os quais fugiram ao notar a aproximação da viatura. Eles foram abordados e estavam com um botijão de gás e canos de cobre. Questionados, Marco confessou o crime e levou a equipe até o local dos fatos. Os sentenciados mostraram uma parte da parede que eles quebraram para entrar no imóvel e subtrair os bens. Quando quebraram a**

parede, eles estouraram um compressor, provocando um vazamento de óleo. Os acusados estavam sujos de óleo quando foram abordados. **Entraram em contato com a vítima, que reconheceu o botijão e os canos.** Salvo engano, os acusados arrombaram também um portão e uma janela. Eles disseram que arrombaram o portão e quebraram uma parede para ter acesso aos objetos subtraídos.

Paul, policial militar, afirmou que **realizavam patrulhamento pela área central quando se depararam com os sentenciados, os quais se dispersaram após notarem a presença da viatura. O recorrente estava com o botijão de gás e os demais sentenciados com os canos de cobre. Eles foram abordados e confessaram que subtraíram tais bens em um consultório. A vítima foi acionada e reconheceu os bens. Para acessar os objetos, os sentenciados fizeram um buraco na parede.** Eles são conhecidos como usuários de drogas e também pela prática de furtos. Eles estavam sujos de óleo, em virtude do vazamento provocado no compressor.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, pois confirmaram que ele foi surpreendido com os coacusados na via pública e em poder dos bens subtraídos, os quais foram reconhecidos pela vítima como sendo de seu consultório. 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 um dos autores 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 apelante.

A conduta é típica, não se configurando o crime de bagatela.

O valor dos bens subtraídos (R\$ 150,00, conforme auto de avaliação indireta de fls. 64) não é ínfimo nem irrisório, certo que **o legislador penal já previu a penalidade acaso o valor seja de pequena monta** (artigo 155, §2º CP, com gradações para sua aplicação – substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa – 3 sugestões).

A aplicação do princípio da insignificância não se restringe à avaliação do valor do dano decorrente do crime, devem ser ponderados outros aspectos relevantes da conduta imputada (STF - **HC 115591/PE** – T1 – Primeira Turma - Relatora Ministra Rosa Weber - J. em 9.4.2013 – DJe em 24.4.2013).

Desse modo, considerar o valor do bem não serve para adotar a tese defendida pela digna Defesa. A lesividade individual e pública é marcante, não se podendo desprezar o reflexo à insegurança pública.

Tampouco a restituição da "res furtivae" ou a ausência de efetivo prejuízo excluem o tipo penal em análise, por não constituírem elementares do crime de furto, consoante, inclusive, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu por ocasião do julgamento do recurso especial nº 2.062.095/AL,

de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, admitido como representativo de controvérsia, fixando a seguinte tese: “*A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância*” (Tema 1205 – J. em 25.10.2023 – DJe 30.10.2023).

O uso do princípio da insignificância deve ser contextualizado.

Hoje em dia, em grandes cidades do Estado São Paulo, **o clima de insegurança e suspeita não permite que um estabelecimento comercial - seja de pequeno, médio ou grande porte - fique sujeito a "pequenos furtos"**. Além de causar prejuízo à empresa lesada, compromete a segurança dos consumidores. Eles também ficam na espera de, a qualquer momento, serem vitimados nesses estabelecimentos.

Se de um lado temos a presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, penas menos severas, individualização das sanções, impedimentos de tratamentos aviltantes e humilhantes, **de outro lado, quando a infração penal acontece, deve-se ter o comprometimento de, na medida daquelas garantias, penalizar o agente, a fim de se buscar o Estado Democrático de Direito permeado pela liberdade, justiça e solidariedade** (artigo 3º, inciso I, da Constituição da República).

Nas palavras do **Ministro Marco Aurélio**, no estudo do princípio e do caso concreto, sobressai-se o **interesse da sociedade em inibir práticas criminosas** e, com predomínio deste último, não se pode proferir o decreto absolutório (**HC 98944/MG** - T1 – Primeira Turma - J. em 4.5.2010).

Para tornar a ação atípica, e, conseqüentemente, proferir decisão de absolvição, de forma concomitante, certos requisitos devem existir: I) **conduta minimamente ofensiva**; II) **ausência de periculosidade social**; III) **reduzido grau de reprovabilidade do comportamento** e IV) **lesão jurídica**

inexpressiva (STF: *HC 114241/RS* - T2 – Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 26.2.2013; *HC 91920/RS* - T2 – Segunda Turma - Relator Ministro Joaquim Barbosa - J. em 9.2.2010; *HC 97012/RS* - T2 – Segunda Turma - Relator Ministro Joaquim Barbosa - J. em 9.2.2010 e *AI 559904 QO/RS* - T1 – Primeira Turma - Relator Ministro Sepúlveda Pertence - J. em 7.6.2005).

No caso, a conduta não foi minimamente ofensiva, ao contrário, ela está se alastrando pelo Estado de São Paulo. Há na ação do apelante periculosidade social, até porque **é reincidente e tem maus antecedentes** (fls. 724/752). A lesão é expressiva, pela ideia que pode incutir em quem a vê e não tem a resposta adequada, condenação com a medida certa. Dentro desse contexto, não há como negar que a reprovabilidade da conduta é grande. O recorrente, agindo em comparsaria com outros dois indivíduos, danificou um compressor e sua conexão com o consultório da vítima a fim de subtrair canos de cobre, certo que ela suportou prejuízos no exercício de seu ofício e mudou-se de consultório.

O **criminoso contumaz**, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. O **princípio em análise não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas**, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando **constantes**, devido à sua **reprovabilidade**, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal (*HC 110841/PR* - T2 – Segunda Turma - Relatora Ministra Cármen Lúcia - J. em 27.11.2012).

Segundo Guilherme de Souza Nucci: “(...) Além disso, deve-se considerar a pessoa do autor, pois o princípio da insignificância não pode representar um incentivo ao crime, nem tampouco constituir uma autêntica imunidade ao criminoso habitual. O réu reincidente, com vários antecedentes, mormente se forem considerados específicos, não pode receber o benefício da atipicidade por bagatela. Seria contraproducente e dissociado do fundamento da pena, que é a ressocialização do agente. A reiteração delituosa, especialmente dolosa, não pode contar com o beneplácito estatal. (...) O recorrente, que tornou a furtar, por exemplo, ainda que tenha subtraído algo que, pelo valor, possa espelhar insignificância, deve ter a sua conduta mais severamente apurada. Se ele subtraiu um alfinete de alguém, pode-se acolher a tese da bagatela, mas se furta um rádio de pilha, mesmo que possa simbolizar algo insignificante, não *merece* ter a sua conduta desconsiderada para efeitos de tipificação.” (NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019).

Nesse sentido: "1. Não se mostra possível acatar a tese de irrelevância material da conduta, pois, além de o delito ter sido praticado durante o repouso noturno, noticiam os autos que o agravante é reincidente em crimes patrimoniais. 2. **O Tribunal Pleno, ao denegar o HC nº 123.108/MG, o HC nº 123.533/SP e o HC nº 123.734/MG (sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso), consolidou o entendimento já existente no sentido de que a habitualidade delitiva específica ou a reincidência obstam a aplicação do princípio da insignificância (Informativo nº 793/STF).** 3. A inexpressividade da lesão ao bem jurídico (furto de objetos avaliados em 80 reais) não é, por si só, suficiente para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.” (STF - **HC 191126** – T1 – Primeira Turma – Relator Ministro Dias Toffoli – J. em 29.3.2021 - DJe em 3.5.2021).

A qualificadora do *rompimento de obstáculo* deve permanecer, pois o laudo pericial de fls. 275/279 concluiu que “o acesso ao interior do referido imóvel se deu mediante danos causados na parede posterior do quartinho de despejo (porão), no terço esquerdo, causados à guisa de instrumento pontiagudo, provocando vão de cerca de 0,50 m x 0,50 m, vão esse capaz de dar acesso a um indivíduo de compleição normal” (...) “Internamente observou-se vestígios de danos causados no encanamento de cobre que supre os equipamentos a partir do compressor elétrico, danos na forma de supressão do encanamento de cobre à guisa de força muscular” (fls. 276), lembrando-se que a qualificadora se caracteriza pela destruição ou rompimento, total ou parcial, de qualquer elemento que vise impedir a subtração, como uma parede.

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).

O *curso de agentes* também ficou demonstrado pela confissão do apelante e pelo dito pelos policiais militares, pois surpreenderam os sentenciados juntos e em poder dos bens recentemente subtraídos.

A pena não comporta reparo.

Na primeira fase, a pena-base foi elevada em 1/6, pelos maus antecedentes (processos nº 98/2002, da Vara Comum de Pedreira, fls. 748; nº 26/2002, da Vara Comum de Pedreira, fls. 748/749; nº 478/2002, da Vara Comum de Pedreira, fls. 749; nº 0001193-77.2006.8.26.0022, fls. 749/750; nº 0000545-43.2011.8.16.0041, fls. 750; e nº 0002349-20.2009.8.26.0435, fls. 750/751), tendo-se dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de onze (11) 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 artigo 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes” (REsp n. 1.741.828/SP – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi – J. em 4.9.2018). Na mesma linha de entendimento: HC 540836/SP - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro 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 - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 19.11.2019 - DJe em 3.12.2019; HC 530738/RS - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 8.10.2019 - DJe em 14.10.2019; AgRg no HC 502995/MS - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi - J. em 15.8.2019 - DJe em

23.8.2019 e *HC 509437/SP* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro 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.

Relevante lembrar o Tema 150 da Repercussão Geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: Direito penal. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Tema 150 da repercussão geral. Embargos acolhidos apenas para fins de esclarecimento da tese. 1. Embargos de declaração opostos em face de acórdão do Plenário Virtual desta Corte, que fixou a tese de repercussão geral referente ao Tema 150, nos seguintes termos: “não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, I, do Código Penal”. 2. A alegada omissão referente à existência de discricionariedade do juízo em utilizar ou não as condenações com período superior a cinco anos para o incremento da pena-base foi afirmada nos votos de todos os Ministros que formaram a maioria. 3. A possibilidade de reconhecer ou não como maus antecedentes condenações antigas ou desimportantes deriva dos institutos da individualização da pena e isonomia, bem como da necessidade de que a reprimenda seja suficiente e necessária para que o condenado não volte a delinquir. Tanto a consideração quanto a desconsideração dessas circunstâncias devem ser devidamente fundamentadas. 4. Embargos de declaração acolhidos, tão somente para aclarar a tese do Tema 150 da repercussão geral, que passa a ser fixada nos seguintes termos: “Não se

aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”. (STF - **EMB. DECL. no Recurso Extraordinário nº 593818/SC** - Tribunal Pleno - Relator Ministro Roberto Barroso - J. 25.4.2023 - Publicação 5.5.2023).

Na segunda fase, a pena permaneceu no mesmo patamar, pela compensação entre a agravante da reincidência (processo nº 0001875-85.2011.8.16.0167, fls. 751) e a atenuante da confissão espontânea.

Pode haver compensação entre atenuantes e agravantes, por exemplo, entre confissão espontânea e reincidência, 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, 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 - 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 semiaberto.

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 "c", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado, não reincidente, à pena igual ou inferior a 4 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime aberto.

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).

Inexiste, portanto, direito subjetivo do condenado ao regime aberto. 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 dos critérios previstos no artigo 59."* (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

No caso, **em que pese o montante da pena, o recorrente é reincidente e tem maus antecedentes**. Ele não se emenda, ao contrário, sempre torna a cometer os mesmos ilícitos penais. Demonstra que não respeita as autoridades constituídas e, tampouco, os princípios de "viver honestamente" e "não lesar outrem". Efetivamente, mostra que não houve ressocialização com as sanções passadas e ainda tem dificuldade de integrar-se em sociedade.

A periculosidade existe, porque o apelante se uniu a outros dois indivíduos para a prática do crime e destruiu uma parede para acessar os bens, provocando danos para além da subtração, pois a vítima esclareceu que, em razão da conduta dos furtadores, ocorreu vazamento de óleo do compressor, danificando-o, e teve que fechar aquele consultório.

Pelo só fato de haver delito sem grave ameaça ou violência não impera regime mais benéfico desde já. Deve-se ter em mente as condições subjetivas de quem o pratica, reitere-se, pela última vez, por ser reincidente.

Logo, o maior rigor é exigível.

Nestas condições, a imposição de 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.

Assim, para a correta individualização de sua pena, pode, de início, ficar num regime menos severo, para, gradativamente, voltar à convivência em sociedade de maneira harmônica.

Observa-se, ainda, o teor da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

No regime escolhido, o apelante fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (artigo 35, parágrafo 1º, do Código Penal). O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (artigo 35, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal).

Em regime inicial intermediário, ainda, poderá refletir sobre a erronia de sua conduta, ao mesmo tempo, é repreendido do ato que realizou, previne-se que não o faça mais e outros delitos, por fim, efetiva-se sua integração social.

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.

Por fim, **incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou a concessão de “sursis”**, sobretudo em razão da reincidência e dos maus antecedentes, existindo, por conseguinte, proibição legal (artigos 44, “caput”, incisos II e III, e 77, “caput”, incisos I e II, do Código Penal).

III - Conclusão

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

Recurso em liberdade (fls. 773). Cumpra-se as Resoluções ns. 417/2021 e 474/2022 do ECNJ e Comunicado nº 628/2022 da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, este revogado pelo de nº 724/2023:

A Corregedoria Geral da Justiça COMUNICA aos Senhores Magistrados, Dirigentes e Servidores das Unidades Judiciais da Primeira Instância do Estado de São Paulo que atuam na área criminal e execução criminal que, nos termos da Resolução CNJ nº 474/2022, para os casos de condenações ao cumprimento de pena privativa de liberdade nos regimes aberto e semiaberto deverão observar os procedimentos que seguem.

1) Para condenações ao cumprimento de pena corporal no regime aberto, mantém-se a sistemática atual (Comunicado CG 1356/2016);

2) Para condenações ao cumprimento de pena corporal em regime semiaberto sem substituição por restritiva de direitos e com trânsito em julgado a partir do dia 12 de setembro de 2022, deverá ser verificado se o réu está em liberdade ou preso;

3) Se o sentenciado estiver em liberdade, não será expedido mandado de prisão pelo juízo do conhecimento, procedendo-se à inserção do evento “Cód. 113 - Regime Semiaberto – Resol. CNJ 474/2022” no histórico de partes, com emissão e envio da guia de recolhimento ao juízo da execução competente, conforme tabela de competência constante no Comunicado CG 574/2022;

4) O juízo da execução, ao receber a guia de recolhimento, deverá verificar com a Secretaria da Administração Penitenciária se há vaga em estabelecimento penal adequado;

4.1 Se houver vaga no regime semiaberto, o juízo da execução deverá avaliar a intimação do sentenciado e a expedição do mandado de prisão; informado o cumprimento da ordem de prisão, a serventia deverá certificar, no prazo de setenta e duas (72) horas, se o sentenciado está recolhido em estabelecimento penal adequado, enviando imediatamente os autos à conclusão em caso negativo;

4.2 Caso não exista vaga no regime semiaberto, o juízo da execução poderá fixar prazo para que a Secretaria da Administração Penitenciária providencie ou analisar a substituição da privação de liberdade por forma alternativa de cumprimento, como a monitoração eletrônica e a prisão domiciliar;

5) Nas condenações ao cumprimento de pena corporal em regime



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

semiaberto com réu preso ou trânsito em julgado antes do dia 12 de setembro de 2022 ficam mantidos os regramentos existentes quando da edição da Resolução CNJ nº 474/2022, com expedição de mandado de prisão ou ofício de recomendação pelo juízo do conhecimento;

6) No prazo de até cento e vinte (120) dias será avaliada a manutenção deste procedimento pela Corregedoria Geral da Justiça.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.