



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000613678

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502309-66.2020.8.26.0535, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CLÁUDIO DIAS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 2 de agosto de 2021.

EDISON BRANDÃO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 1502309-66.2020.8.26.0535

Origem: 3ª Vara Criminal/Guarulhos

Magistrado: Dr. Luciano de Moura Cruz

Apelante: **CLAUDIO DIAS DA SILVA**

Apelado: Ministério Público

Voto nº 41532

APELAÇÃO – FURTO QUALIFICADO – Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos – Acusado confesso – Confissão corroborada pelas palavras do representante da empresa vítima e das testemunhas policiais – Não configuração do instituto do arrependimento eficaz, tampouco da modalidade tentada – Réu flagrado pelos policiais durante a empreitada criminoso – Ausência de voluntariedade – Parte da res que foi efetivamente subtraída, sem ser recuperada – Crime consumado – Causa de aumento de pena relativa ao repouso noturno devidamente reconhecida – Regime fechado que é de rigor, em face da atestada reincidência e das circunstâncias judiciais desfavoráveis - Pena e regime que não comportam modificação - Recurso desprovido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **CLAUDIO DIAS DA SILVA**, contra a r. sentença de fls. 471/474, a qual o condenou, por incursão no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, do Código Penal, à pena de 4 anos reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 20 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Narra a denúncia que, no dia 09 de novembro de 2020, por volta de 01h47min, na Avenida Dona Eugenia Machado da Silva, nº 264, Vila Galvão, cidade e comarca de Guarulhos, o ora apelante, agindo em concurso de pessoas e unidade de desígnios com três indivíduos desconhecidos, subtraiu, para proveito comum, mediante rompimento de obstáculo à subtração da coisa e durante o repouso noturno, 02 (dois) pneus FR 88 295/80 R 225, 04 (quatro) pneus 295/80 R 225 M936, 01 (um) pneu 295/80 R225 M792, 02 (dois) pneus 275/80 R225 M929, 02 (dois) pneus 295/80 R225 M 929, 02 (dois) pneus FV 959 1100 R22, 01 (um) pneu 215/75 R175 F5557, 02 (dois) pneus 295/80 R225 R268, 01 (um) pneu 295/80



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R225 FR 663, 02 (dois) pneus 295/80 R 225 O300, 01 (um) pneu 900 R 20 T545, 02 (dois) pneus 1100 R22 T819, 02 (dois) pneus 1100 R 20 T546, 02 (dois) pneus 900 R 20 T546, 05 (cinco) pneus 1100 R 20 ANTEO, 01 (um) pneu 195/60 R15 GR 300, 01 (um) pneu 135/70 R13 F700, 02 (dois) pneus 195/65 R 15 E7150, avaliados em R\$ 54.000,00; e 20 (vinte) pneus 295/80R22, modelo R268, marca Bridgestone, avaliados em R\$ 36.000,00, bens estes pertencentes à empresa *Douglas de Pneumáticos Ltda.*

Segundo apurado, o ora acusado, previamente conluído com três indivíduos desconhecidos, rumou para a empresa vítima, a bordo dos veículos Kia/Sorento, placas EUN6422; Hyundai/HB HDB, placas FKN0322 – que ostentava as placas BGF2344 -; e Iveco/Daily, placas ETU8620 – que ostentava as placas FCB-1291. No local dos fatos, o recorrente estacionou o veículo Kia/Sorento em frente ao comércio e, na companhia de seus comparsas, arrombou a porta do imóvel, acessando o seu interior.

Em seguida, subtraíram os pneus veiculares descritos acima, distribuindo parte dos produtos nos baús dos veículos Hyundai/HR e Iveco/Daily. Ocorre que policiais militares foram acionados e, no local, escutaram barulhos vindos do interior do comércio, que estava com as portas fechadas. Os policiais, então, ingressaram no imóvel pela porta lateral, oportunidade em que três criminosos fugiram pelos fundos do estabelecimento e subtraíram parte dos pneus, enquanto o ora réu foi abordado. Questionado, o acusado confessou a prática delitiva. Os policiais localizaram parte dos pneus subtraídos no interior dos veículos Iveco/Daily e Hyundai/HR, os quais apresentavam placas sobrepostas às originais. O representante da empresa vítima informou que os pneus recuperados pelos policiais estavam avaliados em R\$ 54.000,00, enquanto os pneus efetivamente subtraídos estavam estimados no valor de R\$ 36.000,00 (fls. 101/103).

Inconformado, apela o ora acusado. Busca, em síntese, sua absolvição, sob o argumento de fragilidade de provas. Alega que foi contratado por terceiro, dizendo acreditar que se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tratava de trabalho lícito. Pugna, ainda, pelo reconhecimento do arrendimento eficaz, salientando, ainda, que não houve inversão da posse. Persegue, em teses alternativas, a redução da pena base ao mínimo legal ou que a majoração fique limitada à fração de 1/6. Entende, ainda, pela inaplicabilidade da causa de aumento de pena relacionada ao repouso noturno, porquanto se trate, na presente hipótese, da figura qualificada do crime. Requer, ademais, o reconhecimento da modalidade tentada, devendo haver a redução máxima da pena. Busca, também, a fixação de regime prisional mais brando, com a observação, ademais, do quanto determinado no art. 387, § 2º, do CPP. Pleiteia, por fim, o recurso em liberdade ou a substituição da prisão preventiva por domiciliar, tendo em vista, inclusive, as disposições contidas na Resolução nº 62/2020, do CNJ (fls. 541/572).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 636/643), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovidimento do recurso defensivo (fls. 676/684).

Relatei.

A materialidade, indiscutível, vem consubstanciada no auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 08/13), autos de apreensão e exibição (fls. 14/18), de avaliação (fls. 19/21), de entrega (fls. 22/24), relatório policial e final (fls. 108 e 155/156) e laudo pericial (fls. 450/465).

Com a autoria não foi diferente.

Em sede policial, preferiu manter o silêncio (fls. 07). Sob os auspícios judiciais, de seu turno, afirmou o acusado já ter respondido pelos crimes de roubo, falsificação de documento e posse de entorpecentes para consumo próprio. Quanto aos presentes fatos, disse que foi chamado por uma pessoa chamada Cícero, para prestar um serviço. Disse que não sabia quais eram as mercadorias envolvidas. Afirmou que estava passando necessidade, pois não conseguia trabalho. Relatou que, antes de chegar ao local, tal indivíduo falou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para ele ficar tranquilo, pois não havia qualquer problema. Consignou que não sabia que haveria outros carros e outras pessoas no local. Relatou que, após cerca de 20 minutos após chegar ao local, ouviu um barulho e notou que as pessoas foram embora. Disse que ficou desesperado e quando o policial pediu para ele sair, ele saiu. Afirmou, todavia, estar arrependido, salientando que podia ter se informado melhor sobre a atividade para a qual foi chamado a realizar. Ao final do interrogatório, entretanto, confessou a prática, salientando que não sabia que só ele acabaria sendo responsabilizado (gravação digital).

Como se vê, ainda que, em um primeiro momento, o ora apelante tenha procurado eximir-se de sua responsabilidade, dizendo que havia sido contratado para a realização de um trabalho que acreditava ser lícito, admitiu, ao final de sua oitiva, que teve efetiva participação na prática criminosa em apreço, não sabendo apenas que acabaria sendo preso sozinho, já que achava que, caso acontecesse algo com ele, os demais também seriam responsabilizados.

As demais provas produzidas corroboram a confissão externada pelo acusado.

Com efeito, Jose Osmar do Nascimento, em sede investigativa, relatou que, no dia dos fatos, recebeu uma ligação de Fábio, assistente da diretoria da empresa vítima, solicitando sua presença no local. Disse que para lá se dirigiu, onde então se deparou com policiais militares, os quais revelaram a ele os danos ocorridos no estabelecimento. Consignou que ficou aguardando Fabio no local e, após, dirigiram-se ao distrito policial, para darem continuidade ao registro da ocorrência, enquanto o estoquista do estabelecimento permaneceu no local, para verificar a contagem dos pneus que se encontravam nos veículos utilizados para a realização da empreitada criminosa (fls. 05).

Fabio Musetti Grotti, representante da empresa vítima, de igual modo, relatou, perante a autoridade policial, que, no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dia dos fatos, um funcionário telefonou a ele, informando o acontecido. Disse que fez telefonemas para a advogada, gerente da loja e para seu proprietário, dirigindo-se, em seguida, até o local. Ressaltou que fez um primeiro levantamento acerca dos bens subtraídos da loja e depois se dirigiu à Delegacia, para o registro da ocorrência (fls. 06).

Em Juízo, mais uma vez, confirmou Fabio que trabalhava para a empresa vítima. Disse que, no dia dos fatos, a energia e internet da loja foram cortadas e foi disparado um alarme em seu celular. Consignou que, então, ficaram atentos às câmeras. Relatou que vizinhos também relataram movimentação estranha e, então, acionaram a polícia. Disse que os policiais acabaram se deparando com os criminosos no interior da loja. Relatou que apenas um foi capturado. Disse que havia veículos estacionados no interior da loja, assim como fora dela. Consignou que, para ingressarem na loja, os criminosos entraram pela porta lateral, após cortarem a energia elétrica. Disse que quebraram o cadeado e doparam o cachorro. Salientou que boa parte da fiação da força foi danificada pelos criminosos. Relatou que um dos veículos no interior da loja já estava completamente carregado com os pneus, quando da chegada da polícia; o outro já continha cerca de dois pneus em seu interior. Disse acreditar que algum veículo já havia deixado o local com outros pneus, pois o estoque já estava reduzido. Sublinhou que 20 pneus foram efetivamente subtraídos do local, bens estes avaliados em aproximadamente R\$ 36.000,00, à época dos fatos. Disse que, de acordo com filmagens de um vizinho, havia 4 indivíduos; o policial chegou a dizer que havia 5 criminosos. Disse que não chegou a ver o ora apelante na Delegacia, nem como ele se encontrava trajado. Salientou que as câmeras eram externas, sem muita definição. Consignou que, segundo os policiais, quando eles ali chegaram, todos os criminosos tentaram fugir, mas o apelante acabou sendo detido (gravação digital).

As testemunhas policiais Jurandir do Nascimento Junior e Guilherme de Carvalho Lima, da mesma forma, relataram, extrajudicialmente, que, durante o patrulhamento preventivo e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ostensivo, receberam, via *Copom*, chamados para atender a uma ocorrência de furto em andamento, no estabelecimento "Douglas Pneus". Disseram que, no local, puderam escutar barulhos advindos de seu interior e, como a porta principal encontrava-se fechada, adentraram pela porta lateral. Consignaram que, nesse momento, três indivíduos que os avistaram empreenderam fuga, pelos fundos, enquanto um quarto criminoso permaneceu no local e abriu a porta. Relataram que referido indivíduo afirmou que seus companheiros haviam se evadido e que não conseguiu segui-los, tendo então decidido se entregar. Relataram que visualizaram duas caminhonetes (Iveco/Daily e Hyundai/HR) com os baús abertos, sendo que, no interior da Iveco, havia vários pneus, enquanto na Hyundai/HR havia alguns outros. Disseram que o agente detido foi identificado como Claudio Dias da Silva, ora apelante, e que ele, embora afirmando, a princípio, que se tratava de funcionário do local, acabou por confessar que se encontrava no local na companhia de outros três indivíduos, os quais conseguiram se evadir, subtraindo alguns pneus. Salientaram que o acusado não informou a qualificação dos demais meliantes. Disseram, ainda, que constataram que as caminhonetes estavam com placas sobrepostas. Consignaram que, em frente ao comércio, estava estacionado o veículo KIA/Sorento, placas EUN-6422, o qual, segundo o acusado, era de sua propriedade. Afirmaram que, em revista a seu interior, nada de ilícito foi encontrado. Assinalaram que foram realizadas pesquisas referentes às placas dos veículos envolvidos, via *Copom*, não sendo constatada nenhuma queixa quanto a eles (fls. 03 e 04).

Em Juízo, mais uma vez, relatou a testemunha policial Jurandir que, no dia dos fatos, foram acionados para darem atendimento a uma ocorrência de furto, em uma loja de pneus. Disse que, ao chegarem ao local, puderam ouvir vários barulhos advindos do interior do estabelecimento. Salientou que puderam ver que havia várias pessoas na loja, mas apenas o ora acusado se entregou; os demais se evadiram, pela parte de trás. Consignou que o réu confessou os fatos, salientando que não conseguiu pular e por isso acabou se entregando. Disse que a porta estava fechada por dentro. Salientou que no interior da loja havia veículos carregados com pneus.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Disse que o crime ocorreu na madrugada. Asseverou que havia uma porta lateral, cujo cadeado estava arrombado. Assinalou que, segundo o acusado, havia mais de 3 pessoas no interior da loja. Disse que alguns pneus chegaram a ser efetivamente subtraídos. Consignou que o acusado se entregou e não tentou se evadir. Esclareceu que, além dos veículos flagrados no interior da loja, outros já haviam saído carregados de pneus. Disse que, a princípio, o réu tentou se passar por um funcionário da empresa (gravação digital).

E, como se sabe, o Estado tem seus agentes concursados legalmente aptos a reprimir o crime e seus depoimentos somente podem ser afastados se demonstrada eventual irregularidade ou interesse particular na condenação do acusado, o que não se deu no caso em tela.

Demais disso, as falas destes profissionais, que, escolhidos pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, possuem fé-pública, sendo seus depoimentos dignos de crédito e plena validade.

E não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência." (HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

"A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que nada se lhes oponha de valia – há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar, e nada menos, a própria prisão." (RJTJESP – 136/477).

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Não há dúvidas, portanto, de que a acusado, na companhia de outros indivíduos não identificados, subtraiu pneus pertencentes à loja vitimada, o que ocorreu mediante arrombamento. Isso porque, além da prova oral produzida, o laudo pericial de fls. 450/465 atesta, também, que "(...) O acesso ao seu interior também se dava por corredor lateral a partir de um portão de gradil metálico lateral que proporcionava, aos fundos, acesso à uma janela. Foi observada a remoção da estrutura metálica da janela, possibilitando uma abertura para passagem de uma pessoa de compleição física mediana. A partir desse cômodo era possível acessar a área da loja, onde foram avistados dezenas de pneumáticos empilhados dentro e fora de dois veículos que se achavam estacionados em seu interior. (...) Figura 10. Porta de correr com trinco e cadeado rompidos. (...) Figura 11. Cadeado rompido. (...) Foram encontrados dois veículos conforme descritos a seguir: **VEÍCULO 1** Tratava-se do veículo de placas FKN0322– São Paulo/SP, da marca Hyundai, do modelo HDB, de cor branca, 2013 e encontrava-se com uma placa sobreposta com a seguinte inscrição BKG 2344 São Paulo/SP. Próximo ao seu compartimento de carga foram encontrados dezenas de pneumáticos empilhados conforme Figura 15. No veículo 1 foi encontrada uma placa diferente da placa original no interior do compartimento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de carga. **VEÍCULO 2** Tratava-se do veículo de placas ETU8620 – São Paulo/SP, do tipo caminhonete, da marca Iveco, Daily, do modelo, de cor branca, 2013 No veículo 2 foi observada a sobreposição da placa traseira com o auxílio de um clipe com a seguinte inscrição FCB1291 – São Paulo”.

Não há como se cogitar, por outro lado, da consubstanciação do instituto do arrependimento eficaz. Com efeito, o art. 15, do CP, dispõe que “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.” (g.n.); ocorre que, como demonstrado, não se tratou de ato voluntário do agente, já que foi ele flagrado enquanto perpetrava o crime em apreço, de modo que a recuperação de parte da res ocorreu não em virtude da voluntariedade do ora apelante, mas, sim, em razão da pronta intervenção dos agentes policiais. Outrossim, de acordo com as declarações do representante da empresa vítima, embora parte da res tenha sido restituída a seu proprietário, ao menos 20 pneus chegaram a ser efetivamente subtraídos, o que ensejou prejuízo de aproximadamente R\$ 36.000,00. Tal ocorrência, da mesma forma, impede o reconhecimento da modalidade tentada do crime, uma vez que houve efetiva subtração de relevante número de pneus, os quais não foram recuperados.

Como bem pontuado pelo MM. Juízo a quo, “(...) não há como acolher a tese defensiva quanto à incidência do disposto no art. 15, do Código Penal, uma vez que o réu não desistiu voluntariamente do crime nem se arrependeu de forma eficaz. Com efeito, o acusado só se entregou porque não conseguiu fugir do local com os demais de seus comparsas, consoante se depreende do relato do Policial Militar em juízo. Além do mais, o Policial confirmou que o réu não estava transtornado e que inclusive tentou ludibriar a equipe dizendo que seria um mero funcionário. Contudo, acabou confessando todo o crime. O delito consumou, porquanto, no crime de furto, a consumação ocorre com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada... (...) Na hipótese, o representante da vítima relatou que os furtadores estariam no segundo carregamento quando da abordagem policial, tendo em vista que diversos pneus sumiram.” (fls. 472).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dessa forma, a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, posto que examinou toda a matéria deduzida em Juízo, e o fez bem, de forma técnica, concluindo por desfecho que indubitavelmente é de ser mantido.

Quanto à dosimetria penal e regime prisional, a r. sentença, da mesma forma, não comporta reparos.

Na primeira fase da estimação penal, foi a pena base fixada em 3 anos e 15 dias-multa, utilizando-se o MM. Juízo *a quo*, para tanto, de decisão amplamente fundamentada, com observância ao caso concreto e ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, tratou ele de consignar que "(...) uma das circunstâncias que qualificaram o crime deve ser utilizada para estabelecer novos limites abstratos à pena cominada ao delito, ou seja, novos parâmetros mínimo e máximo da figura qualificadora, enquanto a outra servirá para majorar a pena base como circunstância judicial desfavorável...(...) Também, a pena deve ser majorada em razão dos maus antecedentes e pelas consequências do crime, uma vez que a vítima teve que suportar prejuízo em torno de quarenta mil reais."

Ora, cada delito possui uma peculiaridade própria, assim como cada agente carrega consigo condições pessoais que lhe são inerentes. Isso, portanto, impede uma "padronização" da pena, sob pena de se ofender um dos basilares e preciosos mandamentos constitucionais, isto é, a individualização da pena. Daí exsurge a necessidade de dosar a sanção em vista das circunstâncias do caso em concreto.

A individualização da pena está intrinsecamente ligada ao princípio da isonomia, e prova disto é o legislador ter inserido em nosso ordenamento jurídico o art. 59 do Código Penal. Fixar a sanção sempre no mínimo, em todos os casos, implicaria grave violação à igualdade, na medida em que pessoas em situações distintas seriam tratadas de modo idêntico. Aliás, essa é uma das razões de o preceito secundário dos tipos não estabelecer uma pena única e, sim, uma que possa ser determinável, observando-se um



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

patamar mínimo e um máximo para aquele referido delito.

Ademais, o Código Penal não estabelece qual o *quantum* de aumento a ser valorado para o aumento, ficando a cargo do juízo de discricionariedade do Magistrado. De se observar, outrossim, que prevê a lei, para o crime em comento, pena corporal mínima de 2 anos e máxima de 8 anos.

No ponto, aliás, merece destaque trecho de magnífico voto da lavra do Desembargador Camilo Léllis: *"De se considerar, ademais, que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se emprega pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídos de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 daquele codex e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado"* (APL 30359943620138260405 SP, 4ª Câmara de Direito Criminal, DJe 20/02/2017).

A admitir a majoração da pena base nesses moldes, há julgados inclusive dos Tribunais Superiores:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. ART. 129, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL – CP. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE VALORADA NEGATIVAMENTE. AFASTAMENTO. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, VEDADO CONFORME SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. 1.1) MONTANTE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE UM CRITÉRIO LEGAL. QUANTUM DE INCREMENTO DEFINIDO COM BASE NO INTERVALO ENTRE O MÍNIMO E O MÁXIMO DE PENA COMINADA EM ABSTRATO PARA O DELITO E NA QUANTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1.2)

PROPORCIONALIDADE. 2) AGRAVO REGIMENTAL

DESPROVIDO. 1. Para se afastar a valoração negativa

da culpabilidade justificada pelo Tribunal de origem com base na premeditação, frieza e barbaridade da conduta, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do STJ. 1.1.

Diante da inexistência de um critério legal para definição do quantum de exasperação da pena-base, admite-se que o julgador se utilize do intervalo entre o mínimo e o máximo de pena cominada em abstrato para o delito para definir o montante de acréscimo de pena na primeira fase da dosimetria para cada circunstância judicial desfavorável. 1.2. No caso concreto, revela-se

proporcional o aumento de 1 ano e 6 meses do mínimo legal diante de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, ante o intervalo de 6 anos entre a pena mínima e máxima cominadas em abstrato para o delito (2 anos a 8 anos de reclusão). 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1773991/AL, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 02/03/2021) (g.n.).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. TENTATIVA. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL **DESPROVIDO**. I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II - A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada. III - Na hipótese em foco, o Tribunal de origem, ao avaliar as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*circunstâncias judiciais, afirmou que o paciente ostenta maus antecedentes (péssimos). Além disso, a Corte local, diante da existência de duas qualificadoras, utilizou uma na primeira fase da dosimetria da pena, a fim de majorar a reprimenda. Nesse passo, dissentir do Tribunal a quo sobre a existência de maus antecedentes demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do **habeas corpus**. IV - Em relação à proporção utilizada para exasperar a pena-mínima, registre-se que o art. 59 do Código Penal não atribui pesos igualitários para cada uma das circunstâncias judiciais ali previstas, de modo a requerer uma operação aritmética ente o mínimo e o máximo de pena cominado. Assim, é possível que seja fixada a pena-base no máximo legal, mesmo que haja apenas uma circunstância judicial desfavorável, desde que o magistrado adote fundamentação apta a justificar tal medida. V - Nessa senda, **para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto**, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal. **Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no presente caso. Precedentes. VI - Com efeito, o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o **iter criminis** percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. VII - No caso em apreço, a Corte local aplicou a redução pela tentativa em 1/2 (meio), tendo em vista o **iter criminis** percorrido pelo agente. Neste contexto, não se vislumbra ilegalidade perpetrada a ser reparada. Ademais, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões da impetração, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação vedada na via estreita do **habeas corpus**. Agravo regimental **desprovido**." (AgRg no habeas corpus nº 578.076/SP, rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, 01/09/2020) (g.n.).*

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL MANTIDA. DESPROPORCIONALIDADE NA EXASPERAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. AUMENTO PELA INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. SÚMULA 443/STJ. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FRAÇÃO ADOTADA QUE SE REVELA EXCESSIVA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ). 4. Não há se falar em ilegalidade na exasperação da reprimenda-base a título de conduta social pela incidência da Súmula 444/STJ, porquanto demonstrado o comportamento desvirtuado do réu perante a sociedade na qual está inserido, evidenciado pelo seu desprezo sistemático pelo patrimônio da mesma vítima, o que não ter considerado como desimportante no procedimento dosimétrico e, por certo, exige resposta penal superior, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Precedente. 5. Considerando ao aumento ideal de 1/8 (um oitavo) por circunstância judicial desfavorável, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 (seis) anos, chegar-se-ia à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Merece ser salientado que o critério de exasperação da básica estabelecido pela doutrina e jurisprudência, diante do silêncio do legislador, não tem caráter absoluto, admitindo-se incremento um pouco superior. Porém, in casu, o incremento da pena-base de 2 (dois) anos pela conduta social do réu revela-se excessivo. 6. Nos moldes da Súmula/STJ 545, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere no caso dos autos. 7. A sentença aplicou a fração de 1/2 para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Por seu turno, o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colegiado de origem, ao manter tal fração de aumento, reconheceu terem sido observados os critérios de proporcionalidade na terceira fase da dosimetria, por se tratar de crime perpetrado por três agentes, mediante o emprego de arma de fogo, tendo havido exposição de duas vítimas a perigo efetivo. Em verdade, ainda que admitida a exasperação da pena acima do mínimo legal, o quantum adotado revela-se excessivo e, portanto, incide à espécie o disposto na Súmula 443/STJ. 8. Impõe-se estabelecer a pena-base em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, que deve ser reconduzida ao piso legal, na segunda fase da dosimetria, ante a presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa. Ao final, reduzido o incremento ao patamar de 3/8 (três oitavos) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, chega-se à pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) de reclusão, que torno definitiva, diante da inexistência de outras circunstâncias judiciais a serem valoradas, ficando mantido o regime prisional fechado. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado." (Habeas Corpus nº 390.321/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 08/08/2017) (g.n.).

"Habeas Corpus. Penal. Dosimetria da pena. Furto duplamente qualificado. Concorrência de qualificadoras. Exasperação da pena-base. Possibilidade. Writ indeferido. 1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais devem ser consideradas como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais. Precedentes. 2. Ordem denegada." (HC 99809/PR – Relator Min. Dias Toffoli, julgamento: 23/08/2011 – 1ª Turma).

Na segunda fase da estimação penal, foram compensadas as reconhecidas agravante da reincidência e a atenuante da confissão, ficando mantida a pena, nesta fase, no mesmo patamar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alcançado na primeira fase.

Vale lembrar que a utilização de condenações definitivas diversas, em cada uma das fases da estimação penal, não enseja *bis in idem*.

A propósito:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS EM CONCURSO MATERIAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONDENAÇÕES DIVERSAS. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA, AINDA QUE ESPECÍFICA, E A ATENUANTE DE CONFISSÃO. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA, PELO ROUBO NO QUAL NÃO HOUE CONFISSÃO. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO. INSTÂNCIAS DE ORIGEM QUE DEFINIRAM SEREM DIVERSAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - As instâncias ordinárias exasperaram a pena-base do paciente pela valoração negativa dos maus antecedentes e, posteriormente, pela reincidência, em razão da existência de condenações definitivas por processos diversos. Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte acerca do tema, segundo a qual condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas. - Conforme o entendimento já pacificado desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.154.752/RS, inexistente preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sendo forçosa a compensação dessas circunstâncias legais. Ademais, a Terceira Seção desta Corte, em julgamento ocorrido em 11/10/2017, nos autos do HC n. 365.963/SP, assentou que a reincidência específica não é óbice para a compensação integral da atenuante da confissão com a agravante de reincidência, restando configurado, portanto, o constrangimento ilegal imposto pelo acórdão impugnado quanto ao ponto. - (...)." (HC 398.752/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 19/06/2018). (g.n).

Por fim, na derradeira fase, houve, com acerto, o acréscimo de 1/3, por ter sido o delito praticado durante o repouso noturno.

Vale rememorar, outrossim, que, para configurar a majorante do repouso, a lei não faz referência ao local do delito e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tampouco se a vítima deve estar ou não acordada, bastando, para sua configuração, que o furto seja praticado durante repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, sendo inclusive irrelevante o fato de se tratar de crime cometido em via pública.

O artigo 155, parágrafo 1º, do CP, ao punir mais severamente o furto cometido durante o repouso noturno, visa proteger o patrimônio particular, no período em que o poder de vigilância sobre a coisa encontra-se diminuído.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. CRIME PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. APLICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Incide a causa de aumento de pena referente à prática do crime de furto durante o repouso noturno ainda que o local dos fatos seja estabelecimento comercial ou residência desabitada, tendo em vista a maior vulnerabilidade do patrimônio. Precedentes. 2. Ao contrário do sustentado pelo agravante, no caso, não houve necessidade de incursão no acervo probatório dos autos, para se concluir pela violação ao art. 155, § 1º, Código Penal, uma vez que a situação fática já estava delineada no acórdão recorrido. Não há se falar, portanto, na incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1582497/MG, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 28/08/2017) (g.n.).

No mais, ao contrário do argumentado pela combativa Defesa, o C. STJ tem decidido que não há que se falar em não reconhecimento da majorante do repouso noturno, pela posição topográfica da causa de aumento prevista no § 1º, do art. 155, do CP, pautando-se no raciocínio de que, se é possível o reconhecimento do furto qualificado privilegiado, tese essa sempre sustentada pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

defesa, não há qualquer razão para se impedir o reconhecimento do repouso noturno no furto qualificado. A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DELITO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminoso em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. 2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1721890/MS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. 22/05/2018).

Assim, imperiosa a condenação do ora apelante, tal como procedido na r. sentença, sendo a ele impingida a pena de 4 anos de reclusão, mais pagamento de 20 dias-multa.

O regime inicial fechado, tendo em vista a atestada reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, era mesmo o necessário, tal como possibilita o art. 59, inciso III, do CP. Pelas mesmas razões, incabível a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos. Outrossim, insuficiente a fixação de modalidade prisional mais branda a agente que, malgrado já condenado, volta a delinquir, deixando claro que a resposta jurisdicional anterior não o ressocializou.

De seu turno, a despeito do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, o tempo de prisão e a quantidade da pena não são os únicos fatores a serem considerados na fixação de regime inicial de cumprimento de penas, devendo ser analisada também a presença do requisito subjetivo, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse sentido:

"E no tocante a aplicação do contido no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, observa-se que detração de pena se trata de matéria cuja apreciação é de competência exclusiva do Juízo das Execuções Criminais, respaldada em legislação especial, específica, não obstante relativamente recente reforma parcial do Estatuto Adjetivo tenha estabelecido a matéria no artigo em comento. Nem poderia ser diferente, uma vez que apenas o MM. Juiz das Execuções Criminais tem em mãos todo o histórico de condenações do embargante, aí incluídas todas as suas eventuais execuções, como também o seu histórico comportamental, na condição de detento." (Embargos de declaração nº 0005822-97.2007.826.0624/50000, rel. Des. Marco Antônio Cogan, J. 05/09/2013).

A propósito do tema, RENATO MARCÃO nos ensina que: "o critério quantitativo da pena não é o único a ser considerado na fixação do regime prisional, daí não ser acertado concluir que a detração sempre irá repercutir no regime a ser fixado na sentença. Não se desconhece a possibilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos no regime fechado. De igual maneira, a pena inferior a 4 (quatro) anos também poderá ser cumprida em regime semiaberto e eventualmente no fechado, tal como decorre do dispositivo no §3º do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal" (MARCÃO, Renato. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 979).

No mesmo sentido, LIMA: "se a regra, doravante, é que a detração seja feita na própria sentença condenatória (CPP, art. 387, § 2º), não se pode olvidar que, em certas situações, é praticamente inviável exigir-se do juiz sentenciante tamanho grau de aprofundamento em relação à situação prisional do condenado. Basta supor hipótese de acusado que tenha contra si diversas prisões cautelares decretadas por juízes diversos, além de inúmeras execuções penais resultantes de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Nesse caso, até mesmo como forma de não se transformar o juiz do processo de conhecimento em verdadeiro juízo da execução, o que poderia vir de encontro ao princípio da celeridade e à própria garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), haja vista a evidente demora que a análise da detração causaria para a prolação da sentença condenatória na audiência una de instrução e julgamento, é possível que o juiz sentenciante se abstenha de fazer a detração



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

naquele momento, o que, evidentemente, não causará maiores prejuízos ao acusado, já que tal benefício será, posteriormente, analisado pelo juízo da execução" (LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 1525/1527).

A jurisprudência, aliás, também tem partilhado do mesmo entendimento. Confira-se:

"3. Quanto ao artigo 387, parágrafo 2º, do CPP e a possibilidade de adequação do regime inicial de cumprimento de pena, registro que a fixação do regime inicial deve obediência ao determinado nos artigos 33, § 3º e artigo 59, ambos do CP e não apenas à quantidade da pena aplicada. 4. O magistrado de primeiro grau reputou adequada a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no fechado, tendo por fundamento o disposto nos artigos 59 e 33, § 3º, ambos do CP (...)." (HC 23267 MS, Relator: JUIZ CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA, Quinta Turma, Tribunal Regional Federal (TRF), julgado: 20/10/2014).

"4 - O MM Juiz Sentenciante, após realizar a análise detração, de forma bem fundamentada, observou que com base nos ditames legais do art. 33, § 3º do Código Penal, as circunstâncias judiciais não são favoráveis a apelante, em destaque os maus antecedentes e a grande quantidade de droga, o que impõe a aplicação do regime mais gravoso, o fechado (APL 3732667 PE, Relator: Mauro Alencar De Barros, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), 2ª Câmara Criminal, DJE 23/09/2015).

Portanto, inviável a aplicação do § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, já que, nos termos do art. 66 da LEP, tal providência cabe ao Juízo da Execução.

Impensável, ainda, a concessão da liberdade em favor do acusado, neste momento.

Ora, se durante a instrução o réu foi mantido no cárcere, temerário que agora, após a efetiva condenação pela prática



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de delito gravíssimo, possa ser solto para recorrer.

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE. RÉU PRESO CAUTELARMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 2. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois a manutenção na prisão constitui um dos efeitos da respectiva condenação. 2. Na espécie, o réu, preso em flagrante, permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, não caracterizando constrangimento ilegal a preservação da sua custódia pela sentença condenatória, mormente porque permanecem hígidos os motivos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal. 3. As condições pessoais favoráveis não são requisitos bastantes para a concessão de liberdade provisória, e, ademais, no caso dos autos, o paciente não logrou demonstrar ocupação lícita e possuir residência no distrito da culpa. 4. Habeas corpus denegado. (HC 207.906/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. 13/12/2011) (g.n.).

Note-se que, persistindo os motivos que deram ensejo à prisão preventiva, a negativa de apelo em liberdade é medida de rigor, devendo prevalecer. A superveniência de sentença condenatória tão-somente reforça o *fumus comissi delicti*.

Confira-se julgado a respeito:

"Persistindo com o advento da sentença condenatória os motivos ensejadores da prisão preventiva, deve ser negado à ré o direito de recorrer em liberdade, eis que esse direito, assim como todos os outros previstos no ordenamento jurídico, não é absoluto e deve ser avaliado conforme a circunstância fática concreta." (HC



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

111.251/SP – STJ – 6ª Turma – Rel. Min. JANE SILVA – DJe. 02/03/2009)

Colocar o apelante em liberdade agora seria por em risco a aplicação da lei penal, bem como a ordem pública, ante a gravidade e circunstâncias do fato, com fixação, inclusive, de regime inicial fechado, sendo, portanto, necessária sua manutenção sob custódia estatal.

Frise-se que o direito do acusado de responder ao processo em liberdade não é irrestrito nem absoluto. Não obstante a liberdade constitua a regra determinada pela Constituição da República, admite-se a sua privação em caráter precário, sendo pacífico o entendimento de que a negação do recurso em liberdade não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Consoante entendimento desta Corte, proferida a sentença condenatória, a manutenção da prisão é de rigor para o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal de forma absolutamente legal. Tal procedimento não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação. 2. Ordem denegada. (HC 123.810/RS, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado Do TJ/RJ), Quinta Turma, j.01/12/2011) (g.n.).

Tampouco se revelam presentes os requisitos necessários à concessão da prisão domiciliar em favor do réu, tendo o Magistrado singular, na r. sentença, destacado que "(...) pelo fato de não haver qualquer alteração da necessidade da prisão cautelar do acusado, que restou, ainda, corroborada com a certeza da materialidade e autoria delitivas, bem como em razão de o réu ser reincidente e portador de maus antecedentes, a prisão preventiva anteriormente decretada deve ser mantida, para a garantia da ordem pública, evitando-se, assim, a prática de novas condutas delitivas. Por isso, não concedo ao réu o direito ao recurso em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

liberdade. Inviável na hipótese a concessão de prisão domiciliar, vez que ausentes os requisitos autorizadores do art. 318, do CPP." (fls. 474). De se observar, outrossim, que, a despeito da alegação de ser o ora apelante pai de filhos menores de 12 anos, verifica-se que, quando de sua prisão em flagrante, tratou ele de afirmar possuir união estável, estando seus filhos sob os cuidados de Elaine (fls. 27).

De mais a mais, já buscou a combativa Defesa inúmeras tentativas de obtenção da liberdade provisória e da prisão domiciliar em favor do apelante, já tendo ocorrido o julgamento de ao menos três habeas corpus (nº 2291544-56.2020.8.26.0000, nº 2302076-89.2020.8.26.0000 e nº 2089523-57.2021.8.26.0000) por esta C. Câmara Criminal, todos denegados, à unanimidade. Deveras, no julgamento ocorrido em 09/03/2021, ficou sublinhado que "(...) o acusado é multirreincidente, possuindo seis condenações definitivas, e estava em cumprimento de pena, sendo certo que a custódia cautelar se revela necessária, também, para se evitar a reiteração criminoso e está autorizada, nos termos do inciso II, do art. 313 do Código de Processo Penal. (...) No que tange à pandemia do COVID-19, registra-se que não se desconhece os elevados propósitos que levaram a edição da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, porém, como o próprio nome diz, trata-se, nada mais, que uma recomendação, uma advertência, não sendo caso, portanto, de aplicação imediata e automática. Importante registrar que não foi referendada pelo Plenário do Pretório Excelso a liminar concedida no bojo da ADPF nº 347, pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio. Ressalta-se, ainda, que a Portaria Interministerial nº 07 de 18 de março de 2020 adota providências suficientes à contenção da pandemia no sistema prisional. No presente caso, embora noticiado que o paciente sofre de bronquite, não se demonstrou, concretamente, a justificação do deferimento do pleito. Além de não demonstrada infecção por parte da paciente pelo vírus, não foi comprovada a falta tratamento adequado, se eventualmente necessário. Outrossim, não se vislumbra que estaria submetido a situação de risco iminente que autorize a concessão excepcional da ordem pretendida. Não há nos autos qualquer indício de que sua saúde esteja comprometida ou que o sentenciado esteja sob risco iminente. Frisa-se, o requerimento é genérico, não tendo o impetrante demonstrado, concretamente, a justificação do deferimento do pleito. (...) Nesse contexto, não se vislumbra, aliás, qualquer ilegalidade na decisão combatida, que consignou que: '(...) Quanto à colocação em prisão domiciliar, a Recomendação nº 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, requer a observância de certos pressupostos, que não foram comprovados pela D. Defesa. Assim



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dispõe o art. 5º, inciso IV, da mencionada recomendação: 'Art. 5 Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: (...)IV colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;'. (fls. 280 dos autos de origem). Portanto, e presentes os requisitos que autorizam a manutenção da custódia cautelar, temerária a soltura do acusado neste momento, eis que a colocação em liberdade dar-se-ia em grave risco à sociedade. (...) Por fim, no que tange à alegação de que o paciente é genitor de duas crianças menores de idade, ressalta-se que a decisão proferida no habeas corpus 165.704/DF, pelo C. Supremo Tribunal Federal, prevê, para a concessão da prisão domiciliar para pais, dentre o mais, '(...) (ii) que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de deficiente, nos termos acima descritos; (g.n.) o que não se verifica no presente caso, tendo em vista que, em sede policial, o paciente informou nome e telefone da pessoa responsável por seus filhos (fls. 87), inexistindo qualquer prova em contrário nos presentes autos.'. Da mesma forma, no julgado de 02/06/2021, consignou-se que "(...) conforme pesquisa realizada pelo sistema ESAJ, a legalidade da prisão cautelar do paciente, bem como a possibilidade de concessão da prisão domiciliar, já foi analisada por esta C. Câmara, por duas vezes, nos autos dos habeas corpus 2291544-56.2020.8.26.0000 e nº 2302076-89.2020.8.26.0000, ocasiões em que foi denegada a ordem, não se vislumbrando a existência de quaisquer irregularidades. Destarte, não se vislumbrando novos elementos aptos a alterar o quanto já decidido, ressalta-se que a legalidade da prisão já foi amplamente analisada por este E. Tribunal, que entendeu pela manutenção da custódia cautelar do acusado. (...) do mesmo modo, neste momento, não se vislumbra a existência de irregularidade na sentença, que, ao condenar o acusado à pena de 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 20 dias-multa, como incurso no art. 155, parágrafos 1º e 4º, I e IV, do Código Penal, manteve a prisão cautelar do paciente, destacando que: '(...) pelo fato de não haver qualquer alteração da necessidade da prisão cautelar do acusado, que restou, ainda, corroborada com a certeza da materialidade e autoria delitivas, bem como em razão de o réu ser reincidente e portador de maus antecedentes, a prisão preventiva anteriormente decretada deve ser mantida, para a garantia da ordem pública, evitando-se, assim, a prática de novas condutas delitivas. Por isso, não concedo ao réu o direito ao recurso em liberdade. Inviável na hipótese a concessão de prisão domiciliar, vez que ausentes os requisitos autorizadores do art. 318, do CPP.'



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(fls. 45/46).".

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação defensiva, mantida a r. sentença de primeiro grau tal como lançada.

EDISON BRANDÃO
Relator