

**Receptação dolosa - Valoração da prova -
Condenação - Furto qualificado - Concurso de
pessoas - Participação de menor importância -
Não-caraterização - Co-autoria - Arrependimento
posterior - Inexistência - Princípio da ampla defe-
sa - Tese defensiva - Não-apreciação - Sentença
condenatória - Nulidade - Princípio da isonomia -
Isenção de custas - Requisitos - Pena privativa
de liberdade - Regime de cumprimento -
Substituição - Restritiva de direitos -
Possibilidade - Voto vencido**

Ementa: Preliminar. Falta de apreciação das teses defensivas em sua totalidade. Nulidade. Desobediência ao princípio da ampla defesa. Exegese do art. 5º, LV, da CF/88. Mérito. Furto qualificado pelo concurso de pessoas. Participação de menor importância. Hipótese de co-autoria. Arrependimento posterior. Inexistência. Inobservância dos requisitos objetivos. Abrandamento do regime de cumprimento de pena. Réu primário. Pena inferior a quatro anos. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Receptação dolosa. Amplo conjunto probatório. Observância do requisito subjetivo. Dolo. Condenação mantida. Isenção de custas. Réus defendidos por defensor público.

- O decreto condenatório que suprime de seus fundamentos tese apoiada em defesa técnica da parte, a ela causa sensível prejuízo, devendo o ato decisório ser declarado nulo pelo Órgão Revisor. A norma constitucional-processual é de garantia, não havendo razão para a subsistência do ato que não se submeteu à obediência da regra que assegura ao acusado, em juízo, produzir defesa em seu favor.

- Simples anuência a empreendimento criminoso, ou a mera ajuda, ainda que sem participação direta na conduta criminosa, com vistas ao sucesso da atividade delinqüencial de outrem, bastam ao reconhecimento da co-autoria.

- Após análise do art. 59 do Código Penal, da quantidade da pena aplicada, bem como da valoração das características subjetivas do agente, faz-se plausível a fixação do regime mais brando, não sendo este, contudo, direito subjetivo do réu.

- O princípio da isonomia (igualdade) é o princípio constitucional informador da concessão pelo Estado do benefício da justiça gratuita, permitindo a todos, pobres ou ricos, o acesso ao Poder Judiciário. O Estado de Minas Gerais, nesse tocante, editou a Lei 14.939/03, que, em seu art. 10, isenta do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

- V.v.: - Penal. Conduta social. Possibilidade de aferição através da certidão de antecedentes criminais. Substituição da pena corporal. Impossibilidade. Recurso improvido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0439.02.012592-8/001 - Comarca de Muriaé - Apelantes: 1º) Cristiano da Silva Figueiredo, 2º) Adriano Marcos de Paiva, 3º) Kellyton Martins Mendes, 4º) Carlos Henrique Seabra de Oliveira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA CELESTE PORTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ANULAR, DE OFÍCIO, A SENTENÇA EM RELAÇÃO AO QUARTO APELANTE. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL QUANTO AO TERCEIRO.

Belo Horizonte, 9 de outubro de 2007. - Maria Celeste Porto - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de apelação interposta por Cristiano da Silva Figueiredo, Kellyton Martins Mendes, Adriano Marcos de Paiva e Carlos Henrique Seabra de Oliveira (f. 238) contra sentença oriunda da Vara Criminal da Comarca de Muriaé, f. 216/231, que condenou os dois primeiros nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, e os dois últimos nas sanções do art. 180, *caput*, do mesmo diploma legal, porque, no dia 3 de outubro de 2002, por volta de 1 hora, Cristiano e Kellyton, em comunhão de vontades e unidade de desígnios com o co-réu Wellington Estoque Ferreira (não apelante), utilizando-se de uma chave de fenda, arrombaram o depósito de mercadorias de propriedade de Rosa Rodrigues Ferreira de Almeida e subtraíram para proveito comum diversos produtos de cama, mesa e banho, além de utensílios domésticos.

No dia seguinte, Adriano transportou parte da mercadoria para sua residência a fim de comercializá-la, estando ciente de sua origem ilícita, recebendo para tanto a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais), tendo o nacional Reinaldo adquirido de suas mãos um jogo de banho bordado, dois jogos de cama, uma toalha de mesa, dois jogos de lençóis, dentre outros, tudo pela quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), também ciente de sua origem ilícita. Por sua vez, Carlos recebeu, como forma de pagamento de três meses de aluguel atrasado devido por Wellington, uma camisa listrada de botões, dezoito rolos de Durex, vinte colheres de arroz e um coador, conhecendo a origem dos bens.

Em razão disso, Cristiano foi condenado à pena privativa de liberdade de três anos e três meses de reclusão, regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de trinta dias-multa, no mínimo legal; Kellyton foi condenado à pena de dois anos e seis meses de reclusão, regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de quinze dias-multa, no mínimo legal; Carlos foi condenado à pena de dois anos e um mês de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de vinte dias-multa, no mínimo legal; e Adriano condenado à pena de dois anos e seis meses de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de trinta dias-multa.

Inconformada, a defesa dos mesmos apresentou as razões de f. 246/254, em que pugna pela absolvição de Adriano por ausência de dolo em sua conduta, haja vista que não sabia da procedência ilícita dos bens; pela absolvição de Carlos diante da atipicidade de sua conduta, aplicando-lhe o princípio da insignificância, ou, alternativamente, pela desclassificação de sua conduta para a forma culposa de receptação. Ainda pede o reconhecimento da participação de menor importância de Cristiano e Kellyton, bem como o reconhecimento a ambos do arrependimento posterior. Ao final, requer a isenção de custas processuais.

Contra-arrazoando os recursos, f. 260/267, sustentou o ilustre representante do Ministério Público o desprovimento dos apelos e a manutenção do *decisum*. No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 278/279-TJ).

Em seguida, em atendimento à diligência de f. 282, os autos foram remetidos à Comarca de origem, a fim de que fosse republicado o edital de intimação dos réus Adriano Marcos de Paiva e Wellington Estoque Ferreira, porque em desacordo com o art. 392, § 1º, do CPP, vindo-me, ao final, novamente conclusos.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço dos recursos.

Prefacialmente, após minuciosa análise, de ofício, vislumbro nulidade insanável na decisão primeva, pela falta de análise da totalidade das teses defensivas, com inquestionável cerceamento de defesa.

Ora, vê-se dos autos que, por ocasião das alegações finais, a defesa alegou, quanto ao acusado Carlos Henrique Seabra de Oliveira, ora apelante, dentre outras teses, a de aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, o nobre Juízo prolator da r. decisão silenciou sobre esse pleito, apresentado às f. 203/213, deixando de avaliar e sopesar as teses defensivas em sua totalidade no decreto condenatório, prejudicando o acusado sobremaneira.

Veja que, na r. sentença hostilizada, o digno Magistrado sentenciante concluiu pela comprovação da autoria e materialidade dos fatos descritos na exordial acusatória, além de rechaçar qualquer hipótese de classificação diversa, contudo, nem sequer mencionou a ventilada atipicidade pela bagatela, reiterada, diga-se de passagem, nas razões recursais.

Vale ressaltar, quanto a isso, que a ocorrência pode ser aceita, porque ela nada mais é do que uma consequência natural da carga brutal de processos que o experiente e operoso Juiz sentenciante não tem como evitar.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, apreciando questões desse jaez, assim se posicionou:

Sentença - Estrutura - Explicitude.

- A sentença, como ato de inteligência, deve conter a análise pormenorizada das defesas das partes, pouco importando a procedência, ou não, do que articulado. Evocada a figura do crime impossível, o exame há de se fazer de modo expresso.

- Não resta atendido o dever do Estado-juiz de apresentar a prestação jurisdicional de maneira completa se manifesta, sobre as imputações formalizadas, mediante texto genérico (RTJ 160:586, ementa parcial).

Reveste-se de nulidade o ato decisório que, descumprindo mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou tribunal o dever de motivar a sentença ou acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado (HC nº 74073-1-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Celso Mello, j. em 20.5.97, DJU de 27.6.97, p. 30.227, ementa parcial).

Ex positis, com as razões de decidir acima explicitadas, de ofício, anulo a r. sentença condenatória exclusivamente com relação ao acusado Carlos Henrique Seabra de Oliveira, pela falta de apreciação da totalidade das teses da defesa e nítida ofensa ao art. 5º, LV, da CF de 1988. Nova decisão deverá ser proferida para esse nacional, com integral observância dos dispositivos legais e constitucionais, atentando-se para a impossibilidade de agravamento da pena imposta a ele, pois o Ministério Público não apresentou recurso, conformando-se com o valor máximo da sentença ora anulada.

Fica, em consequência, prejudicado o exame do seu mérito recursal.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo com a Relatora.

DES. HÉLCIO VALENTIM - De acordo com a Relatora.

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - No mérito.

Inconformados, os apelantes Cristiano e Kellyton não discutem autoria e materialidade do delito de furto qualificado pelo concurso de pessoas (art. 155, § 4º, inciso IV, CPB), que lhes foi imputado, por restarem amplamente comprovadas nos autos, limitando-se a pleitear o reconhecimento da participação de menor importância e a aplicação do benefício do arrependimento posterior.

Todavia, não há que se falar em aplicação do art. 29, § 1º, do *codex*, uma vez que sua atuação não se limitou à de mero coadjuvante, mas a uma efetiva atuação.

Fato é que resta inequívoco de todos os depoimentos colhidos, inclusive das próprias confissões e declarações de Kellyton (f. 21/22 e 97) e do co-réu Wellington (f. 26/27), que eles, com Cristiano, adentraram o estabelecimento comercial e subtraíram de lá quatro caixas grandes e mais uma sacola, cheias de mercadorias, com o intuito de revendê-las depois.

Com efeito, tenho que a razão está com o Magistrado primevo, pois não há dúvida de que os recorrentes aderiram conscientemente à prática do delito, chegando mesmo a praticar o núcleo do tipo, contribuindo de forma relevante em todas as fases do *iter criminis*, ou seja, desde seu planejamento até a venda dos objetos furtados.

Sabe-se que um crime pode ser praticado por uma ou várias pessoas em concurso, sendo várias as teorias a respeito da natureza deste.

O Código Penal, em seu art. 29, dispõe: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Logo, em princípio, pode-se afirmar que a legislação brasileira acata a tese monista, de modo que respondem pelo delito, como co-partícipes, mesmo aqueles que não praticaram atos executórios, não sendo possível responsabilizar cada qual, isoladamente, pela cooperação prestada, uma vez que o crime é um só.

Sobre a participação, Júlio Fabbrini Mirabete (em *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 232) salienta:

Fala-se em participação, em sentido estrito, com a atividade acessória daquele que colabora para a conduta do autor com a prática de uma ação que, em si mesma, não é penalmente relevante. Essa conduta somente passa a ser relevante quando o autor, ou co-autores, iniciam ao menos a execução do crime. O partícipe não comete a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas pratica uma atividade que contribui para a realização do delito. Trata-se de uma hipótese de enquadramento de subordinação ampliada ou por extensão, prevista na lei, que torna relevante qualquer modo de concurso, que transforma em típica uma conduta de per si atípica.

E continua:

Há na participação uma contribuição causal, embora não totalmente indispensável ao delito e também a vontade de cooperar na conduta do autor ou co-autores. São várias as formas de participação: ajuste, determinação, instigação, organização e chefia, auxílio material, auxílio moral, adesão sem prévio acordo etc.

E o que vem a ser co-autoria? Para a resposta, tem a palavra o Professor Cezar Roberto Bittencourt:

Co-autoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Co-autoria é em última análise a própria autoria. É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa consciência constitui o liame psicológico que une a ação de todos, dando o caráter de crime único. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime.

A co-autoria fundamenta-se no princípio da 'divisão de trabalho', em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor. É o que pode ocorrer especialmente naqueles crimes que Beling chamou de crimes de "ação dupla", como, por exemplo, no crime de estupro: enquanto um dos agentes segura a vítima, o outro a possui sexualmente.

Na co-autoria, não há relação de assessoriedade, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum. O decisivo na co-autoria, segundo a visão finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão de trabalho, se apresentam como peça essencial na realização do plano global (*Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 387/388).

Conseqüentemente, na hipótese, resta claro dos autos o prévio acordo de vontades entre os agentes, não havendo que se falar em participação de menor importância, pois, como dito alhures, o furto foi premeditado por todos os agentes, contando com a participação efetiva de cada um.

Prosseguindo no exame do seu mérito recursal, também batem pelo reconhecimento do arrependimento posterior.

Todavia, muito embora tenha sido preenchido o requisito objetivo de o delito não ter sido cometido com violência ou grave ameaça, não vejo como aplicar-lhes o instituto do art. 16 do Código Penal, porque, além da restituição dos bens subtraídos não ter sido integral, também não foi voluntária.

O objetivo desse preceito é premiar o agente que evitou prejuízo à vítima e que, com sua espontaneidade, admitiu o erro e positivamente cuidou de repará-lo da melhor forma possível. Nos termos do que prevê a exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal, "constitui providência de política criminal".

Veja que as principais exigências desse instituto são de que a reparação seja pessoal, completa e voluntária, contudo, por toda a prova amealhada aos autos, fácil de se constatar que as mercadorias não foram restituídas na sua totalidade à vítima, sendo certo que as reavidas foram fruto de ação policial, e não de devolução voluntária pelos acusados.

Nesse sentido, encontro amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Recurso especial. Furto. Incidência de qualificadora. Violação de obstáculo à subtração da coisa. Necessidade de laudo pericial. Arts. 158 e 167 do CPP. Matéria fático-probatória. Súmula 7-STJ. Fixação da pena. Reincidência. Arrependimento posterior. Reparação parcial do dano. (...)

III - Para o reconhecimento da minorante do arrependimento posterior, é necessária a reparação integral do dano ou a restituição total da coisa (precedentes).

Recurso parcialmente provido (STJ - 5ª T. - Rel. Ministro Félix Fischer - REsp 765588/RS - j. em 07.02.2006 - DJ de 10.04.2006, p. 286).

Habeas corpus. Análise de provas quanto à atipicidade do fato e incorreta capitulação do crime. Inviabilidade. Pena-

base acima do mínimo legal. Fundamentação. Possibilidade. Presença dos requisitos da continuidade delitiva. Pagamento antes do recebimento da denúncia. Arrependimento posterior. Causa de diminuição de pena, que pode ser negada em vista do pagamento parcial.

(...)

4. Trazendo os autos notícia de que o montante do prejuízo não foi pago totalmente antes do recebimento da denúncia, a diminuição de pena resultante do arrependimento posterior pode ser negada.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada (STJ - 6ª T. - Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa - HC 36858/RS - j. em 27.10.2004 - DJ de 16.11.2004, p. 331).

Habeas corpus. Peculato-desvio. *Animus rem sibi habendi*. Restituição parcial do valor desviado. Arrependimento posterior. Inocorrência. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

(...)

2. Não há falar na incidência do art. 16 do Código Penal, que trata de redução de pena em face de arrependimento posterior, quando a restituição da *res apropriada* é apenas parcial. (Precedentes.)

(...)

4. Ordem parcialmente concedida (STJ - 6ª T. - Rel. Ministro Hamilton Carvalho - HC 18032/RO - j. em 03.06.2002 - DJ de 18.08.2003, p. 230).

Irretocável, portanto, a condenação de Cristiano e Kellyton.

No mais, observo que a reprimenda de Cristiano da Silva Figueiredo foi devidamente dosada e fixada em conformidade com os arts. 59 e 68 do Código Penal, mostrando-se necessária e suficiente à reprovação e repreensão do delito, destacando na sua dosimetria seus antecedentes maculados e sua reincidência.

Lado outro, com relação a Kellyton, ainda que concorde com o *quantum* da reprimenda *a quo*, vejo que o mesmo faz jus ao regime inicial aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De acordo com o § 2º do art. 33 do Código Penal, o juiz, ao fixar o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, terá, necessariamente, que atender à quantidade da pena imposta, em qualquer hipótese, e à qualificação subjetiva do condenado, em determinadas situações, sendo, a meu ver, também necessária a análise do art. 59 daquele diploma legal.

In casu, tratando-se de condenado primário, cuja personalidade e conduta social foram consideradas de uma pessoa normal e cuja análise das balizas judiciais não declina uma culpabilidade intensa e tampouco a necessidade de reprovação mais rigorosa, creio mesmo que a segregação mais severa imposta, regime inicial semi-aberto, a quem foi condenado com uma pena corporal muito inferior a quatro anos não se afigura mais adequada para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade, quanto menos visa à ressocialização do recorrente.

Nesse sentido:

a relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida

como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu (STJ - REsp 60.251-3 - Rel. Vicente Leal - DJU de 27.05.1996, p. 17.923).

Por isso, creio que o regime inicial aberto se mostra mais adequado, mormente porque o objetivo da pena não é eternizar e muito menos agravar a situação do apenado, mostrando-se necessária ao seu retorno à sociedade.

E, por preencher os requisitos objetivos e subjetivos, substituo sua pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de dois salários mínimos à vítima dos autos.

Quanto ao pedido defensivo de absolvição do acusado Adriano Marcos de Paiva, a quem foi imputado o delito de receptação dolosa (art. 180, *caput*, do CPB), melhor sorte não lhe assiste.

Malgrado sua afirmativa de que não sabia da procedência ilícita das mercadorias que foram guardadas na sua casa (f. 19/20 e 95/96), pelas circunstâncias que permeiam os fatos, resta patente o dolo do tipo.

Ora, ele mesmo confessa que "suspeitou que as mercadorias fossem furtadas, mesmo porque os envolvidos no caso se tratam de desocupados", mas ainda assim fez o transporte dos bens e guardou-os em sua residência por alguns dias, até que fosse encontrado comprador. Fato é que Kellyton confirmou que Adriano recebera a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) assim que as mercadorias foram vendidas para Reinaldo, tendo toda a transação ocorrido na sua presença.

Por óbvio que sabia da origem ilícita das mercadorias, mormente pela grande quantidade e qualidade dos materiais, que usualmente não seriam de propriedade de Wellington, Cristiano e Kellyton, mas concordou, ainda assim, em transportá-las, durante a madrugada, e em guardá-las em sua residência, para serem posteriormente vendidas.

Constitui receptação dolosa própria o fato de o sujeito adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime.

Sendo o elemento subjetivo a vontade de praticar um dos núcleos do tipo, com a consciência de que o objeto utilizado é produto de crime, configurado restou o delito em comento.

Correta também a dosimetria da reprimenda pelo Magistrado primevo, fazendo apenas a ressalva de que o apenado foi beneficiado com a fixação do regime carcerário aberto, vedado a quem é reincidente (*vide* CAC f. 179/180).

Finalizando com o pedido de concessão da justiça gratuita, vejo que o art. 805 do Código de Processo Penal dispõe que as custas serão cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

O Estado de Minas Gerais, neste tocante, já editou a Lei 14.939/03, que, em seu art. 10, dispõe:

São isentos do pagamento de custas:

I - (...)

II - Os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

Os apelantes, visto estarem sendo assistidos por Defensor Público, fazem jus aos benefícios da citada lei.

Por tudo isso, dou provimento parcial aos pleitos de Cristiano da Silva Figueiredo e Adriano Marcos de Paiva apenas para isentá-los do pagamento das custas processuais, mantendo com relação a eles *in totum* os demais termos da decisão vergastada, bem como dou provimento parcial ao pleito de Kellyton Martins Mendes para abrandar seu regime de cumprimento de pena e substituir sua pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, isentando-o também do pagamento de custas processuais.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo com a Relatora.

DES. HÉLCIO VALENTIM - Na presente apelação, acompanho a eminente Desembargadora Relatora quanto à manutenção da condenação imposta aos apelantes.

Todavia, ousou, *data venia*, divergir de Sua Excelência em um ponto de seu voto, pois, a meu sentir, é perfeitamente possível extrair da certidão e da folha de antecedentes criminais dados que permitam aferir a conduta social, pois o fato de alguém ser assíduo freqüentador das delegacias de polícia e da Justiça Penal não deixa qualquer dúvida de que possui conduta social desajustada.

Como se vê, às f. 184/186, o fato de o acusado Kellyton Martins Mendes ser assíduo freqüentador das delegacias de polícia e da Justiça Penal não deixa quaisquer dúvidas de que possui conduta social desajustada.

Cezar Roberto Bitencourt, preocupado com os descasos para com a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, adverte:

Na verdade aqui, como na suspensão condicional, o risco de assumir na substituição deve ser, na expressão de Jescheck, prudencial, e, diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados (*Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 601).

Assim é que entendo que a pena foi corretamente aplicada ao réu Kellyton, acima do patamar mínimo legal, sendo ela necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Aliás, pelo mesmo motivo é que dou provimento parcial ao recurso quanto a ele, mas de forma menos ampla do que a em. Des.ª Relatora, para manter a parte da sentença que negou ao acusado a substituição da pena corporal, porque obviamente desaconselhável à

pessoa que ostenta os inúmeros registros criminais documentados nos autos, tudo nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

A concessão do *sursis* também não é possível, uma vez mais em virtude da ausência dos pressupostos necessários exigidos no art. 77, II, do Código Penal e, também, pelo *quantum* da pena corporal aplicada, agora, prevista a vedação no *caput* do citado artigo.

Além disso, divirjo da em. Des.^ª Relatora em relação ao regime fixado para o início do cumprimento da pena imposta ao apelante, *data venia*.

Veja-se o que diz o art. 33, § 2º, c, do CP, *verbis*: "O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

A correta hermenêutica do dispositivo legal supra-citado, conjugado com os demais artigos do Título V do Código Penal, define como regra que, na hipótese de a pena fixada ser igual ou inferior a quatro anos, o regime inicial é o aberto, desde que o réu não seja reincidente. É dizer: apenas se as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis, poderá o réu não reincidente iniciar o cumprimento da pena em regime mais severo.

Na espécie em exame, parece-me que, embora a pena tenha restado concretizada em *quantum* inferior a quatro anos, o regime aberto seria por demais benéfico ao apelante, de forma que o semi-aberto se revela o mais adequado ao caso em tela.

Sem entrar no mérito da avaliação das circunstâncias judiciais propriamente ditas, o certo é que, em face da sua não-impugnação por parte do Ministério Público, é conforme a análise efetivada pela Sentenciante que deve ser estabelecido o regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, § 3º, do Código Penal).

E a pena-base do acusado ficou um pouco acima do mínimo legal, deixando claro ao Sentenciante que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal pesaram em seu desfavor, de forma que o regime semi-aberto é o mais adequado ao caso.

Assim é que, diante da pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão) e da primariedade do réu, o correto, aqui, é a fixação do regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena. Nesse sentido, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

Pena. Regime. Fixação do regime inicial fechado sem uma única justificativa na sentença. Réu primário, condenado a pena inferior a oito anos, sendo cabíveis legalmente os regimes fechado e semi-aberto. Indispensabilidade de fundamentação da escolha. Alteração do regime inicial fechado para semi-aberto como alternativa à anulação pura e simples da sentença. Apelo provido para tanto (RJACRIM 52/46).

E a 2ª Câmara Mista do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, hoje 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça:

É excessivamente rigoroso estabelecer o regime fechado para o início de cumprimento da pena para condenado primário, devendo o Sentenciante se ater às disposições do

art. 33, § 3º. O regime semi-aberto afigura-se mais compatível, visando à ressocialização do condenado (TAMG, Apelação nº 399.137-1, Segunda Câmara Mista, Rel.^ª Juíza Maria Celeste Porto, decisão unânime, j. em 20.05.2003).

Então, diante dos argumentos alhures expendidos, tenho que a manutenção da sentença de primeiro grau em relação ao apelante Kellyton Martins Mendes é medida que se impõe.

Isso considerado, *data venia*, nego provimento ao recurso quanto ao apelante Kellyton Martins Mendes e, no mais, acompanho a em. Des.^ª Relatora.

É como voto.

Súmula - ANULARAM, DE OFÍCIO, A SENTENÇA EM RELAÇÃO AO QUARTO APELANTE. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL QUANTO AO TERCEIRO.

...