



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2024.0001274764**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501725-10.2022.8.26.0541, da Comarca de Urânia, em que é apelante ANTONIO FERNANDO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, negaram provimento ao recurso Defensivo**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente) E HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 27 de dezembro de 2024.

**FÁTIMA GOMES**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 12.877

Apelação Criminal nº 1501725-10.2022.8.26.0541

Comarca: Urânia – Vara Única

Apelante: Antônio Fernando dos Santos

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo

**EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. REPOUSO NOTURNO. RECURSO DESPROVIDO.**

**I. Caso em Exame**

Recurso de apelação interposto pela defesa de Antônio Fernando dos Santos contra sentença que o condenou por furto de uma motocicleta, cometido durante o repouso noturno, com pena de dois anos e 26 dias de reclusão em regime fechado e 18 dias-multa. A defesa pleiteou absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal e regime menos gravoso.

**II. Questão em Discussão**

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a suficiência probatória para a condenação e (ii) a adequação da dosimetria da pena aplicada.

**III. Razões de Decidir**

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, laudo pericial e depoimentos.

4. A palavra da vítima e os depoimentos dos

policiais foram considerados válidos e coerentes, corroborando a condenação. A presença da majorante de crime durante o repouso noturno foi confirmada.

#### IV. Dispositivo e Tese

#### 5. Recurso desprovido.

*Tese de julgamento:* 1. A palavra da vítima e depoimentos policiais são suficientes para a condenação em crimes de furto. 2. A dosimetria da pena foi adequada, considerando a reincidência e a majorante do repouso noturno.

#### Legislação Citada:

Código Penal, art. 155, §1º; art. 59; art. 61, II, "h"; art. 68; art. 44, II.

#### Jurisprudência Citada:

STJ, HC 309.114/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 01/09/2016.

TJSP, Apelação nº 0009577-63.2012.8.26.0072, Rel. Des. Carlos Monnerat, j. 26.10.2017.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de *Antonio Fernando dos Santos* contra a r. sentença de fls. 314/325, que o declarou incurso no artigo 155, §1º, do Código Penal, condenando-o ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, fixados em valor unitário mínimo.

Em suas razões recursais, postulou a Defesa pela absolvição do acusado por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal e o estabelecimento de regime menos gravoso para seu cumprimento (fls. 341/349).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas contrarrazões às fls. 355/357.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo Defensivo (fls. 371/380).

### **É o relatório.**

Consta da denúncia que, no dia 22 de novembro de 2022, por volta de 22h36min, no Sítio São José, Córrego do Cervo, Município e Comarca de Urânia, o apelante **ANTÔNIO FERNANDO DOS SANTOS** subtraiu, para si, 01 (uma) motocicleta, marca Yamaha, modelo YBR 125 K, de cor azul, ano 2001, pertencente à vítima José Laerte Prete.

A materialidade delitiva foi corroborada pelo boletim de ocorrência (fls. 16/18), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), laudo pericial (fls. 102/105), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é indubitosa.

O réu, ainda na fase inquisitorial, negou a prática do delito, afirmando que a moto apreendida não lhe pertencia. Informou que estava na rua, no bairro “Mutuca”, quando seu amigo, o adolescente G. G. S. B., o chamou para andar de moto no meio de um canavial. Disse que a motocicleta era de G., bem como que, quando estavam no canavial, foram abordados pelos policiais. Asseverou ter trabalhado para várias pessoas no final do ano, não se recordando se trabalhou para a vítima. Acrescentou que o adolescente G. disse ter adquirido a moto, a qual era de leilão. Esclareceu que M. já estava no canavial quando ali chegaram, sendo que iam empinar a moto naquele local (fls. 51). Em Juízo, negou o cometimento do delito. Relatou que, na data dos fatos, estava no sítio pela manhã e retornou a pé para Paranapuã. Alegou que encontrou os adolescentes M. e G. em um bairro chamado "Mutuca" e, como tinha amizade com eles, foi conversar. Aduziu que os adolescentes disseram que iam até o canavial empinar moto e ele perguntou se havia algum problema, oportunidade em que eles afirmaram que era moto de leilão que um deles havia comprado. Salientou que chegaram no canavial e a gasolina da moto acabou. Quando estavam voltando, foram abordados por policiais. Declarou que não sabia que a moto era furtada, tomando conhecimento destes fatos na delegacia. Informou que a moto pertencia ao G. G. S. B. Contou que acreditou que a moto era de leilão e por fazer tempo que não andava de moto, foi com eles. Disse que não se recordava de já ter trabalhado no local ou para a vítima, pois já havia trabalhado em vários lugares. Alegou que já trabalhou na colheita de limão e laranja, mas atualmente trabalha colhendo tomate. Mencionou que não pode sair da cidade de Paranapuã pois assina carteirinha há dois anos e às 20h deve estar em

casa. Alegou que a polícia nunca o avistou fora do horário permitido nas ruas. Depois que soube que havia trabalhado naquele sítio (mídia SAJ).

Por sua vez, o ofendido José Laerte Prete, ouvido perante a Autoridade Policial, relatou que, na data dos fatos, chegou em sua propriedade rural por volta de 6h40 da manhã e notou que sua motocicleta havia sido furtada. Informou que a moto estava estacionada no interior de um barracão, do tipo cobertura, sem portas ou paredes. Esclareceu que no local há sistema de monitoramento, sendo as imagens registradas apresentadas na delegacia quando do registro da ocorrência. Declarou que, no dia seguinte à subtração, a motocicleta foi encontrada por policiais na cidade de Paranapuã, na posse de dois adolescentes e um rapaz maior de idade, os quais já haviam prestado serviço de colheita de limão em sua propriedade (fl. 92). Em Juízo, o ofendido disse que a moto foi subtraída à noite. Contou que, na data dos fatos, chovia, e sempre deixava a luz do barracão acesa, mas naquele dia faltou energia e ela estava apagada. Salientou que, no local, havia câmeras de segurança e, mesmo estando escuro, conseguiu ver o acusado pegando a moto e saindo. Aduziu que, somente no dia seguinte, viu que a moto havia sido subtraída. Alegou que os funcionários que estavam na casa não escutaram nenhum barulho durante o ocorrido. Asseverou que as laterais do barracão ficavam abertas e ali ficam tratores. Informou que a entrada do sítio não fica fechada, pois no local há uma plantação de laranjas e pessoas ali residem. Disse que conhecia o acusado de vista, pois ele havia colhido limões no local. Declarou que o caminhão que iria buscar os limões demorou para chegar, então o acusado e outros rapazes ficaram deitados no barracão esperando.

Alegou que o acusado deve ter visto as motos e como funcionavam as coisas. Contou que a moto não foi recuperada, pois os documentos estavam vencidos, bem como afirmou que a havia adquirido apenas para usar no sítio. Salientou que ia no sítio todos os dias e ficou ali no dia anterior até por volta de 17h. Alegou que chegou ao local pela manhã com seu filho e perceberam que a moto não estava lá, o que os levou a registrar a ocorrência. Disse que a subtração ocorreu um pouco depois das 22h, segundo a filmagem da câmera (mídia SAJ).

Importante ressaltar que a palavra da vítima, em casos de furto, se reveste de irrecusável valia, mormente porque tal pessoa, por ter sofrido a ação delituosa, busca tão somente descrever os fatos e apontar os seus verdadeiros protagonistas, não tendo interesse em acusar falsamente uma pessoa inocente.

Neste sentido:

*“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. [157](#), 2º, I E II, DO [CÓDIGO PENAL](#). ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DEPOIMENTO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO NA PROVA. ARMA NÃO ENCONTRADA E PERICIADA. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. ORDEM DENEGADA.*

*1- O habeas corpus, por não comportar exame da prova, em profundidade, não é meio hábil para o pedido de absolvição.*

*2 - As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes*

*cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu.*

3 - É aplicável a majorante prevista no art. [157](#), 2º, inciso I, do [CP](#), ainda que a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, desde que existam outros elementos probatórios que confirmem a sua efetiva utilização no crime (Precedentes).

4 - Ordem denegada” [Habeas Corpus nº 83.479 - DF (2007/0118134-6), Rel. Min. Jane Silva, j. em 6/09/2007) – Grifei.

Por seu turno, o policial militar Maycon Eduardo da Silva afirmou que, juntamente com seu colega, receberam uma denúncia de que dois adolescentes e um rapaz maior de idade estavam com uma motocicleta, em um canavial nas margens da Rodovia Henrique Riso. Dirigiram-se até o local e abordaram os envolvidos. Constataram que o veículo estava sem placas de identificação e com as numerações de chassi e motor suprimidas. Indagados sobre o veículo, o menor G. disse que viu a motocicleta em um anúncio na OLX e resolveu comprá-la. Afirmou que a motocicleta era produto de leilão, bem como ter sido entregue por uma pessoa de nome 'Marcos', da cidade de Birigui. O adolescente levou os policiais até a sua casa e apresentou-lhes cinco porções de *crack*. Na delegacia, G. disse ter encontrado a droga na rua e, informalmente, disse-lhes, que iria vendê-la. O veículo foi apreendido pela Polícia Civil (fls. 60). Na fase judicial, disse que era novo na cidade e não conhecia o acusado. Narrou que, juntamente com seu colega de farda, estavam em patrulhamento pela rodovia e viram três pessoas saindo do canavial. Estranharam este fato e resolveram abordá-los.



Tratava-se do acusado e mais dois adolescentes. Salientou que um deles disse que a moto lhe pertencia e que a tinham deixado no meio do canavial, pois havia acabado o combustível, sendo que depois retornaria para pegá-la. Acharam estranho e foram até o local, encontrando uma moto sem placa e com os chassis suprimidos, raspados. Informou que não puderam identificar o veículo, então o apresentaram na delegacia. Relatou que o adolescente G.G.S.B. disse ter visto um anúncio da moto na "OLX" e a comprou. Disse que, no momento da apresentação na delegacia, foram informados que a moto pertencia a um sitiante, o qual a havia adquirido em um leilão, para trabalhar (mídia SAJ).

O investigador de polícia Donato Benvenuto, ouvido somente em Juízo, disse que policiais militares apresentaram a motocicleta na delegacia, além do acusado e dois menores de idade. Alegou que o acusado e os adolescentes disseram que compraram a moto em um leilão, mas, naquele momento, não era possível identificar sua procedência, devido ao chassi adulterado. Contou que entraram em contato com a delegacia de Urânia, sendo informados sobre o furto de uma moto com as mesmas características. Depois, foi confirmado através de laudo pericial que se tratava do mesmo veículo. Asseverou que o acusado e os menores estavam com a moto em um canavial e disseram que estavam lá para empiná-la. Mencionou que um dos adolescentes disse que a moto era dele, mas depois mudou a versão e declarou que a moto era do acusado, o qual, por sua vez, afirmou ter adquirido o veículo em um leilão. Salientou que o adolescente G. G. S. B. disse ter sido convidado pelo acusado para empinar a moto no canavial em conjunto com outro menor, M. Informou que a vítima

relatou que, quinze dias antes do furto, o acusado teria prestado serviço como diarista em sua propriedade. Conhecia o réu do meio policial por seu envolvimento com drogas, violência doméstica e outras passagens por furto (mídia SAJ).

Ressalte-se, por oportuno, que os policiais não estão impedidos de depor e seus depoimentos devem ser valorados como quaisquer outros, até porque as testemunhas prestaram depoimentos coesos, sob o crivo do contraditório, e, portanto, gozam de idoneidade, especialmente porque não se demonstrou que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente o réu, de modo que seus depoimentos constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação.

Este é o entendimento do Col. STF:

*“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” (Habeas Corpus nº 74.608-0-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 11.04.97).*

E este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo não discrepa:

*“PROVA - Testemunha - Policial Militar - Validade - Reconhecimento - Impossibilidade de invalidar o depoimento de Policial Militar, por suspeito ou impedido de depor, só porque ostenta essa qualidade, uma vez que, seria incurial, um verdadeiro contrassenso, o Estado credenciar alguém como seu agente e, ao depois, quando este prestasse conta de suas diligências, fosse taxado de suspeito - Recurso improvido.” (Apelação Criminal nº 103.338-3/6, Rel. Des. Ubiratan de Arruda, 9º Câmara Criminal, j. em 30/01/200).*

*“PROVA - Testemunha - Os agentes públicos tais como policiais militares, civis e agentes penitenciários, não são, apenas pela sua condição funcional, suspeitos de parcialidade quando prestam declarações como testemunhas em processo criminal, posto que ligados à segurança pública não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes devendo-se atribuir validade ao declarado principalmente quando em harmonia com o conjunto probatório colecionado - Recurso*

*defensivo não provido”* (Apelação criminal nº 0000179-16.2010.8.26.0411, Rel. Des. Camilo Léllis dos Santos Almeida, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. em 05/06/2014).

Por seu turno, perante a Autoridade Policial, o adolescente G. G. S. B. informou que a moto apreendida pertencia ao acusado, sendo que, na data dos fatos, afirmou que a moto era sua pois estava com receio de que o réu fosse preso, por ser maior de idade. Expôs que o acusado o chamou para andar de moto em sua companhia, no meio do canavial e aceitou. Contou que o réu lhe disse que a moto era de leilão e que ele a havia comprado, não informando de quem. Mencionou que M. não estava no canavial, mas foram os três na motocicleta, para empiná-la naquele local. Quando estavam no canavial, foram abordados. Negou ter conhecimento de que a moto era produto de ilícito. Informou que M. não tinha nenhum envolvimento com a moto ou com as drogas, sendo os entorpecentes apreendidos em sua casa destinados ao seu consumo. Na ocasião, afirmou tê-los encontrado na rua, para que sua mãe não soubesse que usava entorpecentes. Esclareceu que o réu não tinha envolvimento com a droga (fl. 52). Em Juízo, afirmou ter sido chamado pelo acusado para andar de moto e, como não sabia conduzir esse tipo de veículo, viu a oportunidade para aprender. Alegou que, por ser menor de idade, acabou dizendo que a moto era sua. Declarou que soube depois que a moto foi apreendida, pois era furtada. Salientou que haviam deixado a moto no canavial pois a gasolina tinha acabado. Asseverou que, na data dos fatos, M. também estava com eles, não sabendo dizer se na época ele era menor de idade. Informou que a moto era dele pois falaram que não iria dar em nada caso fossem pegos,

pois ela estava "depenada" e iria para o pátio. Afirmou que soube apenas na delegacia que a moto era produto de furto. Negou qualquer envolvimento com a subtração (mídia SAJ).

Do que se depreende das provas produzidas nos autos, quinze dias após trabalhar no sítio da vítima, na colheita de limão, o acusado ingressou no local, durante o repouso noturno, e subtraiu dali uma motocicleta de propriedade do ofendido. No dia seguinte, ao chegar em sua propriedade rural, o ofendido percebeu a ocorrência da subtração e registrou a ocorrência. No outro dia, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e avistaram três rapazes saindo de um canavial. Estranharam a situação e resolveram realizar a abordagem. No local, encontraram uma motocicleta sem as placas de identificação, com a numeração dos chassis raspada. Na ocasião, o adolescente G. assumiu a propriedade do bem e afirmou tê-la adquirido por meio de um anúncio na 'OLX'. Posteriormente, mudou a versão dada aos fatos, afirmando que a motocicleta pertencia ao réu, que o chamou para empiná-la, no canavial. Por sua vez, o ofendido afirmou que a ação delituosa ocorreu depois das dez horas da noite, bem como que o réu havia estado no local dias antes, para trabalhar na colheita de limão, e permaneceu no galpão do qual a motocicleta foi subtraída, por bastante tempo, à espera do caminhão.

Observa-se ter restado bem delineada a conduta delitiva, a qual teria sido flagrada, segundo o relato da vítima, por câmeras de segurança que guarneciam o local, não merecendo credibilidade a versão dos fatos apresentada pelo apelante, o qual

afirmou desconhecer a procedência ilícita do bem e imputar ao acaso o fato de ter estado no local da subtração quinze dias antes dos fatos.

Não há que se falar, evidentemente, em insuficiência probatória neste coerente e harmônico conjunto, rejeitando-se, assim, as ponderações da Defesa em contrário do ora exposto. Note-se que as provas produzidas nos autos não deixam dúvida alguma, não havendo que se invocar o princípio *in dubio pro reo*.

Ademais, registre-se que o acusado foi encontrado na posse da *res furtiva*, fato que inverte o ônus da prova e autoriza a imposição do édito condenatório.

Neste sentido: “*No crime de furto, a prova direta raramente é alcançada, tendo em vista a clandestinidade da ação do agente, que, naturalmente, a realiza sem a presença da vítima, como in casu. Desse modo, fundamentais as provas indiciárias e, no caso dos autos, a apreensão da res furtiva na posse do apelante, pouco tempo depois da execução do delito e nas proximidades, faz presumir a autoria, invertendo o ônus da prova a respeito, não deixando margem à absolvição por falta de provas.*” (TJSP Apelação nº 0009577-63.2012.8.26.0072 9ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Carlos Monnerat, julgado em 26.10.2017).

Confirmada, ainda, a presença da majorante do cometimento do crime durante o repouso noturno, restando amplamente demonstrado pelas peças do inquérito policial, as quais, somadas à

harmônica prova oral, constituem versão uníssona de que o ato delituoso foi praticado no período noturno, em área rural, depois das 22h, oportunidade em que as pessoas que ali habitavam já haviam se recolhido, bem como a circulação de pessoas nas ruas é menor.

Assim sendo, patente que o furtador se valeu da falta de vigilância do horário noturno para subtrair os bens, notadamente em razão da menor visibilidade do horário, que, ainda, dificultaria um possível reconhecimento posterior, razão pela qual incide a majorante do repouso noturno na hipótese.

Assim, comprovadas a materialidade e a autoria, era mesmo de rigor a condenação do réu pelo delito de furto, passando-se à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi adequadamente fixada acima do mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, sob o fundamento de que *“o acusado possui duas condenações aptas a gerar reincidência. Assim sendo, uma delas será considerada nesta fase como maus antecedentes (processo nº 0000014-04.2018.8.26.0632 - fl. 125)”* (fls. 323).

Não é demais lembrar que não há, no ordenamento jurídico pátrio, lei que estabeleça percentuais específicos para sua fixação, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do Juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas

do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal. E isso foi devidamente observado, pois a pena foi aplicada em conformidade com os limites mínimo e máximo previstos para o crime, mostrando-se adequada ao caso em exame.

Na segunda fase da dosagem da pena, verificada a presença da circunstância agravante da reincidência (processo nº 0000363-41.2019.8.12.0024 – fls. 210/211) e tendo em vista que a vítima é maior de sessenta anos (artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal), foi acertadamente aplicada a majoração de 1/3 (um terço), obtendo-se a reprimenda de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa, inexistindo circunstâncias atenuantes.

Ressalte-se que o C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário no sentido de que, em caso de condenados multirreincidentes, é possível a exasperação da pena com base em mais de uma circunstância judicial e ainda agravar a pena pela reincidência, desde que para cada vetorial sejam consideradas condenações distintas.

Neste sentido:

***"Hipótese em que, presente mais de uma condenação definitiva contra o paciente, a valoração desfavorável dos antecedentes, da personalidade e da conduta social, com lastro em condenações distintas, não enseja coação***



*ilegal.*" (HC 309.114/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)

Ainda:

*"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO E FALSA IDENTIDADE. TESE DE EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENABASE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES DISTINTAS PARA A VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. Nos termos do entendimento desta Corte, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado pode justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de bis in idem. O que não se admite é a consideração de uma mesma condenação para a valoração negativa de mais de uma circunstância judicial ou de uma circunstância judicial e da*

*reincidência. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido." (HC 348451, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Relator para acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016)*

Por fim:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ROUBO. DECADÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. SOLENIDADE DISPENSADA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. REVOLVIMENTO FÁTICOPROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. ORDEM DENEGADA. [...] Esta Corte possui entendimento no sentido de que não é ilegal e tampouco configura bis in idem a utilização de condenações*

*definitivas, anteriores e distintas, para consideração desfavorável dos antecedentes e aplicação da agravante da reincidência” (STJ, HC 429.840/SP, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 15/03/2018, v.u).*

*“APELAÇÃO. Roubo simples tentado. Recursos defensivo e ministerial. Insuficiência probatória. Inocorrência. Autoria e materialidade bem demonstradas. Palavra da vítima que merece credibilidade. Condenação confirmada. Desclassificação para o crime de furto. Não cabimento, em razão da inequívoca grave ameaça praticada contra a vítima. Dosimetria. Pretensão ministerial de exasperação da pena base. Possibilidade. Réu que ostenta duas condenações transitadas em julgado, podendo a excedente ser valorada a título de maus antecedentes. Pena redimensionada. Regime semiaberto que se mostra adequado considerando a quantidade de pena imposta e as circunstâncias pessoais do acusado. Recurso ministerial parcialmente provido e recurso defensivo improvido. [...] Nas duas primeiras fases, o i. Magistrado sentenciante exasperou a pena do apelante Fernando por uma vez, aplicando o aumento em 1/6, em razão da reincidência evidenciada pela sua folha de antecedentes (fls. 53/59) e pelas certidões acostadas aos autos (fls. 69/80). Contudo, como bem observado pelo i.*

*Parquet e reforçado pela douta Procuradoria de Justiça, o acusado ostenta condenações transitadas em julgado, cujas penas foram extintas há menos de cinco anos, de modo que cabível o reconhecimento de apenas uma das condenações definitivas como reincidência, valorando-se a excedente a título de maus antecedentes, para a exasperação da pena base” (Apelação nº. 0005193-50.2016.8.26.0223, rel. Leme Garcia, 07/05/2019, v.u. grifamos).*

*“LESÃO CORPORAL DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA e AMEAÇA. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra da vítima corroborada por laudo pericial e testemunhas. Dolo evidenciado. PENAS. Dupla reincidência. Condenações definitivas não alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, I do Código Penal. Possibilidade de valoração de uma das condenações como maus antecedentes e outra como reincidência. Agravante prevista no artigo 61, II “f”, do CP, incidente somente com relação ao crime de ameaça. Substituição e sursis não cabíveis por falta de adequação legal. Recurso parcialmente provido para reduzir a reprimenda” (Apelação Criminal 0001450-74.2017.8.26.0618, rel. Otávio de Almeida Toledo, 07/06/2019, v.u.).*

Na terceira fase da dosimetria, foi corretamente aplicada a majoração de 1/3 (um terço), em decorrência da incidência da causa especial de aumento relativa ao cometimento do delito durante o repouso noturno, chegando-se à reprimenda final de 02 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, a qual resta mantida, face a ausência de causas de diminuição de pena.

No tocante ao regime fixado, diante do delito praticado pelo apelante, tem-se não ser caso de fixação de regime diverso do **fechado**, uma vez que a fixação de regime menos gravoso, seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, o acusado já foi condenado anteriormente, sendo reincidente específico (fls. 125/128 e 210/211), demonstrando possuir personalidade voltada para a prática de crimes, indicando que a aplicação da benesse de regime menos brando não surtiria efeito. Além disso, como o próprio apelante afirmou em seu interrogatório, encontrava-se em cumprimento de pena quando da prática do delito ora em análise.

Outrossim, não se pode admitir a fixação de regime aberto em seu favor, sob pena de se vulnerar o princípio da *suficiência* da pena, que impera não só no tocante à sua quantidade, mas, também, quanto ao seu modo de execução. É imperioso garantir que a sanção se mostre suficiente para punir a conduta. Lembre-se que o princípio da *suficiência* da pena, que vale inclusive quanto ao modo de seu cumprimento (regime), faz com que esta deva ser de molde a afastar qualquer sensação de impunidade e a fazer com que o sentenciado efetivamente sinta a gravidade de seu comportamento, a fim de não

cogitar repeti-lo.

Nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando.

Ademais, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, dada a expressa vedação contida no artigo 44, inciso II, do Código Penal, uma vez que o apelante é reincidente, de modo que a substituição seria insuficiente para a prevenção ou reprovação do crime.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso Defensivo, mantida a r. sentença prolatada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

**FÁTIMA GOMES**

**Relatora**