



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000000108

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1539215-50.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PEDRO HENRIQUE DA ROCHA, 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, rejeitaram as preliminares arguidas e negaram provimento ao recurso Defensivo, nos termos que constarão do acórdão**, 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, 2 de janeiro de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 12.086

APELAÇÃO nº 1539215-50.2023.8.26.0050

COMARCA: São Paulo – 17ª Vara Criminal Central

APELANTE: Pedro Henrique da Rocha

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto pela defesa de Pedro Henrique da Rocha contra sentença que o condenou por receptação, artigo 180, "caput", do Código Penal, à pena de um ano de reclusão em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade, e pagamento de dez dias-multa.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) nulidade da busca pessoal e prova ilícita; (ii) quebra da cadeia de custódia; (iii) insuficiência de provas para condenação; (iv) desclassificação do delito para a forma culposa; (v) fixação da pena no mínimo legal; (vi) reconhecimento da confissão e da modalidade privilegiada.

III. Razões de Decidir

3. A busca pessoal foi considerada legítima, realizada em flagrante, com base em fundadas razões, não configurando prova ilícita.

4. Não houve quebra da cadeia de custódia, pois documentos suficientes comprovaram a materialidade do delito.

5. A autoria e materialidade do crime de receptação foram comprovadas por depoimentos e documentos, não havendo insuficiência de provas.

6. A desclassificação para a forma culposa foi rejeitada, pois o dolo foi evidenciado pela posse injustificada do bem.

7. A pena foi fixada acima do mínimo legal devido à gravidade concreta do crime e seu impacto social, sendo mantida a dosimetria aplicada.

8. O reconhecimento da confissão e da modalidade privilegiada foi negado, pois o réu não confessou o delito e o bem não é de pequeno valor.

IV. Dispositivo e Tese

5. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO.

Tese de julgamento:

A busca pessoal em flagrante não constitui prova ilícita.

A posse injustificada de bem de origem ilícita inverte o ônus da prova, permitindo a condenação por receptação dolosa.

Legislação Citada: Código Penal, art. 180, "caput"; Código de Processo Penal, arts. 240, §2º, 244, 563. **Jurisprudência Citada:** STF, HC nº 99.053, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 21/09/2010; TJSP, Apelação Criminal nº 0000179-16.2010.8.26.0411, Rel. Des. Camilo Lélis dos Santos Almeida, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. em 05/06/2014.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de **PEDRO HENRIQUE DA ROCHA** contra r. sentença de fls. 164/170, que o declarou incurso no artigo 180, "caput", do Código Penal, condenando-o à pena de 01 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída pela pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões recursais busca a Defesa, preliminarmente, a nulidade da busca pessoal, afastando-se a prova ilícita dela derivada. Aduz, ainda, em sede de preliminar, que houve a quebra da cadeia de custódia. No mérito, alegou a Defesa, em síntese, que as provas carreadas para os autos não autorizam o edito condenatório. Pleiteou a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do delito para a forma culposa; a fixação da pena basilar no mínimo legal; o reconhecimento da confissão e o reconhecimento da modalidade privilegiada, em razão da ausência de laudo de avaliação (fls. 200/215).

O recurso foi recebido, tendo sido apresentadas contrarrazões (fls. 221/226).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 234/241).

É o relatório.

Ab initio, não merece acolhimento o pleito de nulidade das provas obtidas em razão da ausência de fundadas razões para a abordagem e busca pessoal, postulada pela Defesa.

Não obstante, as judiciosas alegações da Defesa, não há nenhuma nulidade nos autos a ser reconhecida. Os policiais militares em patrulhamento de rotina foram informados sobre a ocorrência de roubos na região. Ato contínuo, a partir das características passadas pelo COPOM, visualizaram o réu na garupa de uma motocicleta, portando um volume na cintura e, por essa razão, efetuaram a abordagem.

Com efeito, a informação sobre o delito, provocou a atuação imediata dos agentes que constataram que o réu portava um aparelho celular produto de ilícito.

Assim a suposta violação de busca pessoal praticada pelos policiais militares, na hipótese é de legítimo flagrante, sendo incabível reconhecer-se a ilicitude da prova.

Deste modo, a revista pessoal que culminou com a prisão do acusado, não constitui prova ilícita, eis que evidenciada a figura do flagrante delito.

Aliás é o que preceitua os artigos 240, §2º e 244, ambos do Código de Processo Penal, que admitem a busca domiciliar e pessoal independente de mandado judicial, quando houver fundadas razões de que o suspeito tenha ou oculte consigo objetos ilícitos, o que ocorreu no caso concreto.

Demais disso, é de se acrescentar que a Polícia Militar, como polícia ostensiva, deverá agir no momento da prática do crime, sendo que, na ocasião que o agente policial desconfia de alguma pessoa, em virtude de que, ela tenha esboçado alguma reação, atitude, gestos que levantou suspeitas concretas de evidência de prática de delito, a abordagem e revista pessoal torna-se um seu dever, e não mera faculdade, pois o direito à privacidade pessoal padece diante de fundadas suspeitas de que essa pessoa, na ocasião, esteja na posse de algum elemento que caracterize a materialidade de um delito.

Deste modo, a alegação da ausência de fundadas razões para a revista pessoal, não tem o condão de desnaturar a validade das diligências efetuadas, diante da notória existência do estado de flagrância, justificador da ação dos agentes estatais.

Assim a suposta violação de busca pessoal praticada pelos policiais militares, na hipótese é de legítimo flagrante, sendo incabível reconhecer-se a ilicitude da prova.

Por fim, destaco, que não houve nenhuma demonstração concreta de prejuízo ao acusado e, para que se declare a nulidade dos autos, é necessário a demonstração inequívoca de prejuízo.

E, no processo penal, vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Frise-se que, no âmbito processual penal, tal norte vale no que tange a toda e qualquer alegação de nulidade, sem nenhuma distinção de “grau” ou “intensidade”, seja relativa, seja absoluta.

Nesse rumo o pacífico entendimento do C. Supremo Tribunal Federal:

“A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que conforme já decidiu a Corte, 'o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas' (HC 81.510, Rel. Min.Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002)” (Habeas

Corpus nº 99.053, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 21/09/2010, pub. 29/11/2010).

Assim, não se vislumbra, na espécie, que se tenha logrado produzir demonstração palpável de qualquer prejuízo que possa gerar nulidade efetiva.

Da mesma forma, não cabe, aqui, cogitar de nulidade em razão da suposta quebra da cadeia de custódia.

Afirma a Defesa ser imprescindível a juntada do laudo pericial do aparelho celular apreendido, contudo, razão não lhe assiste, posto que, muito embora ausente o laudo pericial, foram juntados aos autos o auto de exibição, apreensão e entrega do objeto, bem como o auto de reconhecimento de objeto (fls. 09 e 11).

O fato de o telefone celular ter sido devolvido à vítima quando esta reconheceu o objeto na delegacia, não implica em quebra da cadeia de custódia.

Foram juntados aos autos documentos suficientes a comprovar a materialidade do delito de receptação, não havendo que se falar em quebra da cadeia de custódia.

Desta feita, cabal e absolutamente demonstrada a lisura e respeito a todos os trâmites legais das diligências periciais, não apontando a Defesa o fundamento de sua desconfiança em relação à prova.

No mais, eventual não observância das etapas da cadeia de custódia previstas no art. 158-B, do Código de acarreata, automaticamente, a ilegalidade da prova, sobretudo quando não há efetiva comprovação ou ao menos indicação, por parte da defesa, de relevantes indícios de violação ou adulteração dos elementos de convicção, o que não se verifica nos autos.

Nesse sentido:

“Habeas corpus. TRÁFICO DE DROGAS. Alegada quebra da cadeia de custódia. Ausência de comprovação de ter havido efetiva violação ou adulteração dos elementos de prova. Eventual irregularidade do ato que, por si só, não infirma a validade da prova e não enseja o relaxamento da custódia. Pretendida revogação da prisão preventiva. Custódia necessária para a garantia da ordem pública. Paciente preso na posse de 24 porções de maconha e de um rádio comunicador, e que possui maus antecedentes, inclusive por tráfico de drogas. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada” (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2280199-93.2020.8.26.0000; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - DIPO; Data do Julgamento: 08/01/2021; Data de Registro: 08/01/2021, grifo nosso).

Deveras, não se constata haver quebra da cadeia de custódia, pois, conforme precedente do Col. Superior Tribunal de Justiça, “*não foi trazido nenhum elemento que demonstre que houve adulteração da prova. Assim, "não se verifica a alegada 'quebra da cadeia de custódia', pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova"* (HC 574.131/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020).” (STJ, RHC 141.981/RR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021).

Ademais, verifica-se que as alegações da Defesa se restringem a meras suposições, não havendo que se falar tenha sido a prova efetivamente adulterada, não havendo qualquer irregularidade a invalidá-la.

Portanto, desnecessário e prolixo aprofundar-se em referida preliminar de nulidade, a qual resta devidamente rechaçada. Não há que se falar, portanto, em ilicitude da prova produzida nos autos, por essa razão.

Com efeito, não consta nenhuma irregularidade, não havendo que se cogitar de nulidade dos autos, afastando-se as preliminares arguidas, passando-se a análise do mérito.

Consta da denúncia que em data e local incertos, na Cidade e Comarca de São Paulo, o ora apelante **PEDRO HENRIQUE DA ROCHA** recebeu, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, qual seja, um celular Motorola, IMEI 354115097683757, furtado de José Moura Ferreira Chagas.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelos boletins de ocorrência (fls. 03/06 e 53/54), pelo auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 09), pelo auto de reconhecimento de objeto (fls. 11), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria, igualmente, é inconteste e recai seguramente sobre o apelante.

O réu **Pedro Henrique da Rocha**, ouvido em juízo, negou a prática do delito. Declarou que comprou o aparelho celular de Vinícius em um grupo de WhatsApp, pelo valor de R\$200,00 (duzentos reais). Disse que o telefone estava com a tela danificada e o usaria para trabalhar no Ifood (mídia SAJ).

Malgrado a aludida versão exculpatória, desprovida de qualquer adminículo probatório, restara frágil e precária, nessa linha de raciocínio, a prova produzida no sentido de sua não incriminação, especialmente porque, frise-se, não trouxe qualquer álibi que lhe aproveite, conforme se lhe competia, nos termos do disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal.

De resto, a versão delineada pelo acusado em pretório pretendendo a abstração da comprovada empreitada delituosa, vai de encontro ao restante da prova oral analisada, sendo certo que não resiste a uma análise mais acurada dos fatos em comento, não havendo um único componente idôneo de persuasão racional apto a contestá-la.

Por seu turno, os policiais militares **Esmeraldo Pereira de Souza Neto e Vinícius Paulo Leal Passini**, ouvidos em juízo, disseram que, na data dos fatos, estavam em patrulhamento quando foi irradiado, via COPOM, possível roubo praticado por homens em uma motocicleta. Ato contínuo, foram passadas as características dos rapazes e, visualizaram um rapaz, na garupa de uma moto, o qual possuía as mesmas características informadas, fato que ensejou a abordagem. Asseveraram que, efetuada a abordagem, em revista pessoal, foi localizado na posse do réu um aparelho celular produto de furto. Esclareceram que o acusado informou que havia comprado o telefone de um amigo pela quantia de duzentos reais (mídia SAJ).

Ressalte-se, por oportuno, que os policiais, bem como guardas municipais, 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 os réus, 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).

A testemunha de defesa **Vitoria Carla da Rocha Costa**, ouvida em juízo, disse que o réu é seu irmão e que ele comprou o aparelho celular através de um grupo de WhatsApp, pagando pelo objeto um valor muito baixo. Declarou que o celular era usado, estava trincado e era uma oportunidade de compra para que o acusado pudesse trabalhar (mídia SAJ).

A testemunha de defesa **Bianca Inacia do Nascimento**, ouvida em juízo, declarou que conhece o réu e que existem grupos nas redes sociais para a compra e venda de produtos usados com valor mais acessível, os quais são vendidos sem a nota fiscal (mídia SAJ).

Como se vê, a versão apresentada pelo réu, não encontra respaldo em qualquer elemento probatório existente nos autos. Mais do que isso, ela foi desmentida pelas testemunhas, as quais prestaram declarações firmes e convincentes, tanto em solo policial quanto em juízo, em harmonia com os demais elementos de convicção, não havendo sequer indícios de que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente o acusado, de modo que suas declarações constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação.

Com efeito, os policiais militares afirmaram que o telefone celular produto de ilícito foi encontrado com o réu, devendo ser ressaltado que a vítima reconheceu o objeto como sendo de sua propriedade (fls. 10/11).

Importante ressaltar que restou comprovada nos autos a ocorrência do crime antecedente (boletim de ocorrência de fls. 53/54), qual seja, o furto do aparelho celular, havendo, ainda, o reconhecimento do objeto pela vítima como sendo de sua propriedade, portanto, não houve prejuízo para a Defesa o fato de a vítima não ter sido ouvida.

Tal circunstância é pressuposto da receptação, caracterizada por adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabia ser produto de crime (artigo 180 do Código Penal). É certo que neste delito a aferição do dolo do agente e ciência da origem criminosa é difícil, pois é praticamente impossível penetrar no íntimo do infrator e, via de regra, os crimes são cometidos na clandestinidade.

A aferição do elemento subjetivo deste tipo penal não dispensa análise circunstanciada das peculiaridades de cada caso e do agente, contrastadas com máximas de experiência, inclusive pela dificuldade de obtenção de prova direta, que, tirante situações especiais, somente poderia se dar por meio de confissão. Com efeito, a

análise das circunstâncias, do comportamento e dos indícios é importante para aferir se houve ou não o crime, porque raramente ocorre a confissão e não se pode penetrar no foro do íntimo do agente para aferição do dolo. Ninguém admite, até porque o homem hesita em reconhecer o próprio erro, ter adquirido coisa que sabia ser de origem espúria.

Dessa forma, os elementos de prova são indícios claros que traduzem a certeza de que o réu praticou o crime de receptação, na forma dolosa, principalmente porque não foram contrariados por nenhum elemento probatório seguro.

Vale ter presente, assim, o que bem observou o E. Des. Laerte Marrone, em caso semelhante, julgado em 23/02/2015 pela 2ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, na apelação nº 0003160-39.2010.8.26.0210:

“Deveras, no caso de receptação dolosa, a presença do elemento subjetivo – ciência da origem ilícita do bem – pode derivar ‘de conjecturas ou circunstâncias exteriores, ou seja, do comportamento ab externo, do modus operandi’ do agente, porquanto ‘não há como aferir-se o dolo de maneira direta ou positiva’ (TACRIM-SP, RJDTACrim 35/286, rel. José Habice. Na mesma linha, TACRIM-SP RJTACrim 30/63, rel. Barbosa de Almeida, apud Alberto Silva Franco e outros, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, vol. 2, Parte Especial, 7ª edição, pág. 2.960). Vale dizer, admite-se que o conhecimento, por parte do agente, da procedência espúria do bem venha a ser demonstrado por indícios (cfr. Jurisprudência mencionada por JULIO FABRINI MIRABETE, Código Penal Interpretado, Atlas, 5ª

edição, págs. 1670/1671).

No mesmo sentido:

“É interessante assinalar, ainda, por relevante, que em se cuidando do crime descrito no art. 180, 'caput', do Código Penal, a prova é sutil e difícil, daí avultando a importância dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e a própria conduta do agente. Não é por outra razão que a jurisprudência, de forma reiterada e unânime, tem reconhecido que a posse injustificada da res inverte o ônus da prova, de tal sorte que é perfeitamente possível atribuir a responsabilidade pelo crime de receptação dolosa ao agente que recebe bens de origem espúria e não apresenta justificativa cabal e palpável a respeito do fato” (Ap. nº 0088214-36.2008.8.26.0050, Rel. Sérgio Coelho, j. em 10.11.2011).

“A prova da ciência sobre a origem ilícita é difícil, não se pode penetrar no foro íntimo do agente para aferição do dolo. Tal prova deve ser deduzida de conjecturas ou circunstâncias externas. Para o Juiz Nogueira Filho, 'a prova do conhecimento da origem delituosa da coisa, no crime de receptação pode extrair-se da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração' (JUTACRIM 96:240) [...]. Portanto, sendo o delito em exame, a exemplo do furto, cometido sem a presença de testemunhas, com notória dificuldade para sua comprovação, não se pode exigir prova robusta e deve ser dado valor aos indícios, desde que convergentes e concorrentes” (Ap. Crim. nº 993.07.116970-6, 7ª Câmara Dir. Criminal B, Rel. Cláudio Emanuel Graziotto, j. 22.10.2009).

Quanto à tese de que não sabia da origem espúria do telefone celular, verifica-se que é incompatível com o contexto existente nos autos, pois o acusado, ao não apresentar comprovante de pagamento ou recibo de compra do aparelho, bem como não comprovar a suposta propriedade do vendedor, só fez confirmar o seu dolo e sua ciência da origem ilícita do bem.

Ressalte-se, por oportuno, que o réu alegou que comprou o telefone celular de um rapaz chamado Vinícius, em um grupo de WhatsApp. Contudo, o acusado não forneceu o nome e o endereço do suposto vendedor e, caso o réu não tivesse ciência da origem espúria do objeto e houvesse procedido apenas culposamente, não estaria na posse do celular sem portar qualquer documento que pudesse comprovar a compra do bem.

Portanto, a conduta do réu, ao receber e conduzir veículo produto de furto, sabendo de sua origem ilícita se amolda ao tipo previsto no artigo 180, “caput”, do Código Penal.

Nada há, enfim, que, uma vez reconhecida a receptação, permita conceber que o réu tenha agido com mera culpa na posse do bem produto de crime.

No caso concreto, o que se tem, é apenas a circunstância de estar o réu na posse de um telefone celular objeto de crime, sem qualquer explicação plausível sobre sua procedência, pois, como visto, não apresentou documentos ou justificativas verossímeis.

Não é por outra razão que a jurisprudência, de forma reiterada e unânime, tem reconhecido que a posse injustificada da

“res” inverte o ônus da prova, de tal sorte que é perfeitamente possível atribuir a responsabilidade pelo crime de receptação ao agente que é surpreendido na posse de bem de origem espúria e não apresenta justificativa plausível a respeito do fato.

Veja-se:

“Em tema de receptação, a só posse injustificada da res faria - como no furto - por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é o que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da res furtiva em poder do acusado enseja, indubitavelmente, a inversão do ônus da prova” (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Luiz Ambra - RT 728/543).

“A receptação dolosa exige dolo específico, de maneira que seria impossível a condenação do agente sem a confissão, porque somente através dela ter-se-ia a convicção segura do elemento subjetivo, consistente no conhecimento prévio do agente a respeito da procedência criminosa da coisa adquirida ou recebida de outrem. Desse modo, para que a sanção se efetive e não fique ao alvedrio do próprio acusado, a prévia ciência da origem criminosa da coisa é passível de ser deduzida através de indícios sérios e da própria conduta do receptador antes e depois do delito” (TJSP, RT 717/385) – grifei.

“Para a afirmação do tipo definido no art. 180 do CP, é indispensável que o agente tenha prévia ciência da origem criminosa da coisa. No entanto, tratando-se de um estágio do comportamento meramente subjetivo, é sutil e difícil a prova do conhecimento que informa o conceito do crime, daí porque a

importância dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e a própria conduta do agente” (TACrim-SP - Ap. nº 366.097-7 - rel. Des. Renato Mascarenhas - j. 20.06.84, JUTACrim 83/242).

“Na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca; assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se em certeza, autorizando a condenação”. (TACrimSP - 14ª Câmara, Apelação nº 1.059.911/3, rel. Juiz San Juan França, j. em 29/07/1997, in RT, v. 746, p. 629).

É firme, inclusive, o entendimento jurisprudencial que destaca a pertinência de se formar certeza sobre a ciência do réu quanto à origem ilícita do bem a partir da combinação e concatenação dos elementos de convicção amealhados.

Outrossim, ainda que existisse alegação da defesa que se contrapusesse à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbiria a demonstração do alegado, a teor do disposto no artigo 156, caput, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, os ensinamentos de FRAMARINO DE MALATESTA, o qual afirma que “o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador

reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado” (A Lógica das Provas em Matéria Criminal, Campinas: Conan 1995 v. I p. 145-146).

Por sua vez, GUSTAVO BADARÓ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”* (Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora RT 2003 p. 173).

Assim, não há que se falar em insuficiência probatória ou mesmo atipicidade da conduta neste coerente e harmônico conjunto, rejeitando-se as ponderações do réu. Restava evidente que a prova não deixa dúvida alguma e, pois, não há que se falar no princípio *in dubio pro reo*.

Diante deste contexto, a condenação do acusado como incurso no artigo 180, “caput”, do Código Penal, era mesmo de rigor, não sendo caso de absolvição por insuficiência probatória, tampouco de desclassificação para a forma culposa do delito, passando-se à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, sob a seguinte alegação: “...*observo a gravidade em concreto do crime, que tem fomentado a prática de crimes violentos (roubo de aparelhos celulares), de notoriedade crescente na sociedade. A presteza na receptação de aparelhos celulares acaba por fomentar e incentivar a prática do crime antecedente, pois revela a existência de mercado pronto e apto a remunerá-lo, instigando a maior ocorrência do crime patrimonial que tanto atormenta a sociedade. Diante destas circunstâncias, fixo a pena base em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa*”.

A Defesa pleiteou a fixação da pena-base no mínimo legal, contudo, razão não lhe assiste.

Frise-se que, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, o juízo pode, após examinar as nuances e especificidades sobre o caso em que se debruça, atuar discricionariamente na escolha da sanção aplicável ao caso, bastando, para tanto, motivar o *decisum*, a teor do que dispõe o artigo 59 do Código Penal e o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, pois atendendo justamente a tais dispositivos para se individualizar a pena.

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

“Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que análise a personalidade, a conduta social, os

antecedentes, os motivos, enfim, critérios subjetivos, de cada caso concreto, mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por natureza, princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétrea” (Individualização da Pena, Ed. RT, 2ª Ed., 2007, p. 195).

Verifica-se que aqui há que se considerar a culpabilidade do acusado, na medida em que sua conduta é dotada de alto grau de reprovabilidade, levando-se em conta que o bem indevidamente receptado, possui valor considerável, devendo a pena basilar ser majorada.

Com efeito, há que se ressaltar que o delito de receptação fomenta, como bem consignou o juízo *a quo*, outros delitos como roubo e furto, o que justifica maior rigor na fixação da pena-base.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e presente a circunstância atenuante da menoridade relativa, a pena foi reduzida, retornando ao mínimo legal.

A Defesa requereu o reconhecimento da atenuante da confissão, contudo, o pedido não comporta acolhimento, posto que o réu em momento algum confessou a autoria do delito de receptação.

Ademais, ainda que tivesse confessado e fosse reconhecida a atenuante, não haveria modificação na reprimenda, uma vez que a pena já foi reduzida ao mínimo legal na segunda fase, não podendo ficar aquém deste (Súmula 231 do STJ).

Com efeito, não se pode determinar a redução da pena aquém do mínimo legal mesmo que exista circunstância atenuante. Em respeito ao critério legal de cominação das penas, estas devem ser fixadas dentro dos limites previstos. A violação desta determinação invadiria matéria cuja prerrogativa exclusiva é do legislador, o qual estabelece diretrizes para que o julgador fixe a pena justa.

“Recurso Repetitivo Tema 190/STJ – Tese firmada: “O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal” (REsp 1117068/PR e REsp 1117073/PR).

A finalidade do verbete é impedir que o magistrado desborde dos limites impostos pela lei e viole a separação dos poderes.

O Brasil adotou na aplicação da pena o sistema da relativa determinação, e não o da indeterminação da pena. Tanto na primeira quanto na segunda fase da aplicação, utilizou-se das expressões “dentro dos limites previstos” e “do limite indicado”, respectivamente no inciso II do artigo 59 e no artigo 67 do Código Penal. Assim, em tais etapas devem ser respeitados os limites mínimo e máximo abstratamente cominados pelo tipo secundário. Assim, na segunda etapa da dosimetria a pena permanece no mínimo legal.

Em que pese não ser vinculante a Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça, referida Súmula é de aplicação recorrente por grande parte dos tribunais brasileiros e, uma das justificativas utilizadas é em razão de tratar-se de posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema Guilherme Nucci leciona que:

(...) as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador' (in Comentários ao Código Penal, 2006, p. 436-437).

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INVOCAÇÃO DEFENSIVA DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE. ARMA QUE SE ENCONTRAVA DESMUNICIADA. DESCABIMENTO. IRRELEVÂNCIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. ERRO DE

PROIBIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL DIANTE DA CONSTATAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. APELANTE PATROCINADO POR DEFENSOR PÚBLICO. CUSTAS ISENTAS DE OFÍCIO. - Suficientemente comprovadas a autoria e materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, conforme demonstrado pela confissão do réu e demais elementos do acervo probatório, descabido o pleito de absolvição por ausência de provas. - É irrelevante para a ocorrência do tipo penal do artigo 14 da Lei 10.826/2003 que a arma esteja ou não municiada, porque se trata de delito formal e de perigo abstrato, não sendo necessária a demonstração do efetivo perigo no caso concreto para a sua configuração. - Restando demonstrado que o apelante possuía plena condição de conhecer e entender o caráter ilícito de sua conduta, não há que se falar em nenhuma das hipóteses de erro de proibição contida no art. 21 do CP. - Conforme entendimento firmado pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", por violar o princípio da legalidade. - Verificado que o recorrente está sendo patrocinado por Defensor Público, deve-se isentá-lo, de ofício, do pagamento das custas processuais".

"Furto qualificado. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão espontânea, validade dos depoimentos policiais e declarações da vítima. Condenação acertada. Pena mantida. Aumento pelo mau antecedente que, embora devido, é compensado com a redução determinada por uma das atenuantes. A especificidade da

reincidência, embora possa ser valorada de maneira mais rigorosa, nem sempre implica preponderância sobre a confissão espontânea. Precedentes. Impossibilidade de, na segunda fase da dosimetria, reduzir a pena aquém do mínimo legal. Manutenção do regime semiaberto. Quantidade de pena, circunstâncias do delito e confissão que desaconselham a fixação do regime fechado, a despeito do histórico criminal. Recurso da defesa improvido, parcialmente provido o do Ministério Público, sem efeito na pena ou no regime” (TJ-SP - APR: 00822787820188260050 SP 0082278-78.2018.8.26.0050, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 15/03/2021, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/03/2021).

Na terceira fase, a pena restou fixada no mínimo legal, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena.

No tocante ao pleito defensivo de reconhecimento do privilégio, tem-se que o valor do aparelho celular não pode ser considerado de valor ínfimo para a concessão da benesse, não devendo ser empregado o valor supostamente pago pelo apelante, mas sim o valor real de mercado do objeto, mesmo levando em consideração as avarias do bem, afastando-se a benesse.

Por fim, foi fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta, o mais benéfico possível, merecendo ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

FÁTIMA GOMES
Relatora