



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001534

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502117-43.2023.8.26.0628, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante DIEGO FERREIRA SOUSA LINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso, concederam os benefícios da gratuidade e, no mérito, por v.u. deram parcial provimento para: a) reduzir a fração de aumento aplicada na primeira fase da dosimetria para 1/6, readequando a pena ao final aplicada para 04 anos, 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado e o pagamento de 12 dias-multa pela prática do crime previsto no art. artigo 311, §2º, inciso III, do Código Penal. Mantendo-se, no mais, a r. sentença, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9158

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1502117-43.2023.8.26.0628

Apelante: Diego Ferreira Sousa Lins

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itapeverica da Serra

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONDUÇÃO DE VEÍCULO COM SINAL DE IDENTIFICAÇÃO ADULTERADO. CONDENAÇÃO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação interposto pela defesa de Diego Ferreira Sousa Lins contra a r. sentença que o condenou à pena 04 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 311, §2º, inciso III do Código Penal.

2. Pleito absolutório por insuficiência de provas. Pleitos subsidiários para desclassificação para o crime de receptação, para fixação da pena base no mínimo legal, para aplicação da detração penal e concessão da justiça gratuita.

II. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

3. Imputação que atribui ao réu apelante a responsabilidade pela condução do veículo Fiat Uno SX, placas GOM 1661, chassi nº 9BD14600003090456, ciente de que se tratava de veículo com sinais de identificação adulterados, fatos estes ocorridos no dia 20 de setembro de 2023, por volta das 14h10, na Rua na Rua Santos Dumont, nº 19, Jardim Jacira, cidade e comarca de Itapeverica da Serra.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Pedido de isenção do pagamento das custas processuais por ser o réu pessoa pobre, sem condições de suportar as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento. Cabimento.

5. Condenação adequada. Prova da materialidade e de

autoria. Depoimentos do policial civil coesos e livres de contradição. Policial que, ao vistoriar o veículo, constatou a adulteração do número do chassi, do motor e dos vidros. Negativa do réu que, além de inverossímil, restou isolada no contexto probatório. Incabível a desclassificação para receptação. Alteração legislativa. Princípio da especialidade.

6. Dosimetria que merece reparos. 6.1. Afastamento parcial das circunstâncias judiciais desfavoráveis. Redução do aumento aplicado para 1/6. 6.2. Agravante da reincidência adequadamente reconhecida. Pena corretamente exasperada em 1/6. 6.3 Causas de aumento ou diminuição. Inexistência. 6.4 Manutenção do regime fechado. 6.5 Reincidência que afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou mesmo a concessão do sursis. 6.6 Detração. Impossibilidade de reconhecimento.

IV. Dispositivo

7. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido para reduzir a fração de aumento aplicada na primeira fase da dosimetria para 1/6, readequando a pena ao final aplicada para 04 anos, 01 mês de reclusão, e o pagamento de 12 dias-multa no regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no no artigo 311, §2º, inciso III do Código Penal.

Legislação Citada:

CP, art. 311, §2º, III; CPC, art. 99, §3º.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/03/2014.

TJSP, Apelação Criminal 1502443-59.2023.8.26.0189, Rel. Marcelo Semer, j. 03/12/2024.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa do réu **DIEGO FERREIRA SOUSA LINS**, contra a r. sentença proferida pela **MMª. Juíza de Direito Leticia Antunes Tavares**, da **2ª Vara Criminal da Comarca de Itapequerica da Serra**, que, julgando parcialmente procedente a pretensão deduzida na denúncia, o condenou à pena de 04 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo

legal, como incurso no artigo 311, §2º, inciso III do Código Penal (fls. 224/229).

Em razões de recurso, a defesa pugna pela absolvição do apelante invocando, para tanto, a insuficiência probatória. Aduz não haver elementos que comprovem o envolvimento do apelante no delito de adulteração de sinais identificadores do veículo. Subsidiariamente, requer: (i) desclassificação para o delito de receptação; (ii) fixação da pena base no mínimo legal; (iii) detração da pena. Por fim, requerer a concessão dos benefícios da justiça gratuita (fls. 236/248).

Contrarrazoado o recurso (fls. 252/254), a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 262/268).

É o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Do pedido de concessão de gratuidade de justiça

A defesa pede a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o apelante não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais, deduzida

exclusivamente por pessoa natural, deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a hipossuficiência, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Nesse sentido, já se decidiu:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, **dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse.** Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais."

(TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019)

3. Da apelação interposta pela defesa do réu Diego

3.1. Dos termos da imputação

O apelante foi inicialmente denunciado como incurso no art. 180, *caput*, do CP, porque, no dia 20 de setembro de 2023, por volta das 14h10, na Rua Santos Dumont, nº 19, Jardim Jacira, cidade e comarca de Itapeverica da Serra, conduziu, em proveito próprio, o veículo Fiat Uno SX, placas GOM 1661, chassi nº 9BD14600003090456, ciente de que se tratava de produto de crime.

Segundo apurado, no dia dos fatos o acusado conduzia seu automóvel, quando foi abordado por policiais militares, que investigavam seu suposto envolvimento em um delito de furto a uma residência. Realizada vistoria no automóvel, os agentes públicos apuraram que a numeração do chassi, do motor e dos vidros estavam adulterados. O réu foi conduzido à delegacia, onde afirmou que o veículo havia sido adquirido quatro meses antes, de indivíduo desconhecido e pelo valor de R\$ 600.00 (seiscentos reais).

A persecução penal foi instaurada por auto de prisão em flagrante (fls. 01). A prisão foi convertida em prisão preventiva (fls. 43). Por ocasião da audiência de instrução, o representante do Ministério Público, manifestou-se pela nova

definição jurídica dos fatos, sob argumento de que a narrativa acusatória permitiria a afirmação da prática, igualmente, do delito tipificado pelo art. 311, § 2º, inciso III, do Código Penal. Finda a instrução, o acusado foi condenado, tão somente, pela figura penal típica indicada na manifestação ministerial em audiência.

3.2. Dos fatos provados

A materialidade e a autoria do crime restaram amplamente demonstradas em vista do conjunto probatório.

Na fase preliminar, o policial civil Hiram Theodoro disse que policiais militares conduziram à delegacia um casal que era suspeito de envolvimento em um furto a uma residência. Por ocasião da abordagem, o casal ocupava um automóvel Fiat/Uno, o qual ostentava somente a placa traseira (GOM 1661). Feita a vistoria, verificou-se que as numerações do chassi, do motor e dos vidros estavam adulteradas.

Sob o crivo do contraditório, o policial confirmou o depoimento prestado na fase preliminar. Disse que o acusado foi conduzido à delegacia, em razão de suposto envolvimento em crime de furto. Enquanto eram realizados os trâmites perante a Polícia Judiciária, fez a vistoria no carro no qual fora o acusado abordado. Constatou, então, que o número do chassi havia sido arrancado, que o número do motor havia sido lixado, que não havia selo na carroceria e que a numeração dos vidros estava apagada. Disse que o veículo possuía somente a placa traseira. Naquela oportunidade, o acusado disse que havia adquirido o veículo na feira do rolo, acrescentando que não tinha documentação e que o automóvel estava irregular. Em consulta ao emplacamento apurou que não havia registro de crime.

Não há razões para desconsiderar a prova oral. A condição de policial, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, o modelo processual não se filiou ao modelo da prova tarifada no qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as

provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade da testemunha policial. Ademais, os relatos coincidem nos pontos essenciais da narrativa. Assim, a prova fornecida pelo policial é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

O depoimento de policiais pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte.

(STJ - REsp. 751.760/MG, Rei. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18.10.2005. DJ 14.11.2005, p. 400).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. VALIDADE PROBATÓRIA DO DEPOIMENTO DE POLICIAIS CONFIRMADOS EM JUÍZO. PRECEDENTE. (...) 1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório

(STJ - AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 27/03/2014). (...) 7. Agravo regimental não provido.

Na fase preliminar, o acusado disse que adquiriu o veículo Fiat/Uno quatro meses antes pela quantia de R\$ 600,00. Não soube fornecer detalhes do vendedor. Admitiu ter ciência de que o veículo estava em situação irregular. Disse que utilizava o veículo para trabalhar como catador de recicláveis.

Em juízo, modificou a sua versão. Disse que o veículo havia sido adquirido de indivíduo chamado Guilherme, conhecido por Tatau, proprietário de um ferro velho. Pagou o valor de R\$ 1.900,00 (um mil e novecentos reais). Alegou desconhecimento quanto às irregularidades que cercavam o automóvel. Disse que consultou a placa de identificação. No distrito procurou esclarecer os fatos. Contudo,

os policiais não o escutaram. Disse que o pagamento do veículo era feito com o produto de sua atividade. Já tinha pago em torno de R\$ 800,00 (oitocentos reais) sendo que recebia, semanalmente, por seu trabalho em torno de R\$ 300,00 (trezentos reais). Não soube dizer o nome do ferro velho onde comprou o veículo.

A responsabilidade do acusado é indubitosa. Os elementos de convicção produzidos ao longo da instrução confirmaram a sua responsabilidade pelo delito que lhe é atribuído. Conforme apurado, na data dos fatos, o réu conduzia o veículo Fiat Uno, placas GOM 1661, quando foi abordado por policiais militares que investigavam seu envolvimento em um delito de furto. Conduzido à delegacia, foi realizada vistoria no automóvel, apurando-se que a numeração do chassi, do motor e dos vidros estavam adulteradas.

A versão apresentada pelo réu se mostra frágil. A tentativa em fazer crer que o automóvel teria sido adquirido sem conhecimento de que era produto de crime e que os sinais identificadores do veículo estivessem adulterados não encontra assento nas provas produzidas. Nesse sentido, não soa crível que alguém se dispusesse a realizar negócio jurídico envolvendo a aquisição de um veículo sem que nenhum documento comprobatório lhe fosse entregue. Além do mais, o réu sequer declinou a identidade do suposto vendedor, limitando-se a indicar que adquirira o veículo de terceiro, no bairro em que residia. Não forneceu o endereço do ferro velho onde a negociação teria sido feita. De mais a mais, a alegação de que desconhecia as adulterações dos sinais identificadores não convence. Os sinais eram evidentes, conforme explanado pelo policial ouvido em juízo e destacado pelo laudo pericial (fls. 196/203).

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos propiciada pela atividade instrutória tornou certa a imputação dada pela denúncia. O réu conduziu o veículo com os sinais identificadores adulterados, plenamente ciente daquelas circunstâncias.

A condenação era, portanto, medida imperiosa.

3.3. Da qualificação jurídico-processual dos fatos

Originalmente, a denúncia imputou ao acusado a prática do delito tipificado pelo art. 180, *caput*, do CP. Nesse sentido, a tese acusatória atribuiu ao réu a responsabilidade pela condução de veículo cujos sinais identificadores encontravam-se adulterados. Abordado por policiais militares, quando era conduzido pelo réu, o veículo foi submetido à vistoria que apurou a adulteração da numeração do chassi, do motor e dos vidros estavam adulterados.

Por ocasião da audiência, o Ministério Público manifestou-se no sentido de ver reconhecida, igualmente, a prática delitiva prevista pelo art. 311, § 2º, inciso III, do Código Penal. Quando do julgamento, a autoridade judiciária afastou a configuração da receptação, afirmando, exclusivamente, a responsabilidade penal do réu pela figura penal típica indicada pelo representante do Ministério Público durante a instrução.

O procedimento assim descrito revela clara hipótese de *emendatio libelli* que, portanto, dispensava a exigibilidade de aditamento, até mesmo porque os fatos estavam devidamente narrados pela denúncia. De qualquer modo, a classificação jurídico penal reconhecida pela autoridade judiciária foi a correta, não sendo possível afirmar-se a ocorrência, igualmente, da receptação.

Ao tempo dos fatos, vigia a Lei 14.562/2023 que, como se sabe, acrescentou o § 2º, inciso III, ao art. 311 do Código Penal. Assim, em extensão à figura fundamental, o legislador passou a incriminar, igualmente, aquele que adquire ou conduz veículo automotor com sinal identificador adulterado. Esta nova figura penal típica apresenta-se em uma relação de especialidade quando cotejada com a figura penal dada pelo art. 180, *caput*, do Código Penal. Ou seja, por força das regras inerentes ao conflito aparente de normas, há de prevalecer, impedindo-se, dessa forma, a configuração do *bis in idem*. Nesse sentido:

APELAÇÃO. Tráfico de drogas e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Recurso defensivo. Alegação de nulidade por violação de domicílio. Inocorrência. Entrada franqueada pelo próprio acusado, conforme depoimentos dos agentes públicos, inexistindo

alegação do réu em sentido contrário. Mera suposição da Defesa, sem suporte probatório. Preliminar rejeitada. Mérito. Pretensão de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Viabilidade. Tese defensiva que não foi completamente infirmada pelo conjunto probatório. Pequena quantidade de entorpecentes e demais circunstâncias do caso que não revelaram a prática da traficância. Aplicação do princípio do in dubio pro reo. **Réu confesso quanto ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Desclassificação para o crime de receptação inviável. Conduta de adquirir, receber, transportar, conduzir e ocultar veículo com as numerações de chassis suprimidas e a placa trocada, devendo saber de tal condição, que configura o delito disposto no artigo 311, §2º, inciso III, do Código Penal. Princípio da especialidade.** Condenação por tal delito confirmada. Dosimetria. Pena corretamente fixada no mínimo legal. Acusado primário e sem antecedentes. Possibilidade de fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500777-87.2024.8.26.0318; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Leme - Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/10/2024; Data de Registro: 31/10/2024).

Apelação criminal – **Adulteração de sinal identificador de veículo automotor (artigo 311, §2º, inciso III do CP)** e posse de arma de fogo com numeração suprimida – Recurso defensivo – Sentença condenatória – Absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Autoria e materialidade comprovadas – Depoimentos dos policiais que se revestem de fé pública e se encontram corroborados pelo restante da moldura probatória – Versões dos acusados inverossímeis - Dolo evidenciado - **Desclassificação do delito de adulteração para receptação dolosa - Descabimento - Impossibilidade de desclassificação da conduta para o crime de receptação já que estamos diante de inovação legislativa perpetrada para punir com mais rigor a conduta praticada no caso em apreço, devendo em tal situação, prevalecer o princípio da especialidade** – Condenação mantida – Penas do apelante Thiago mantidas no patamar mínimo legal - Penas do sentenciado José Nogueira majoradas na fração de 1/6, na primeira e na segunda fase dosimétricas em razão dos maus antecedentes e da reincidência - Regime semiaberto fixado no tocante ao apelante Thiago em razão do quantum de pena fixado e da primariedade do acusado - Mantido regime inicial fechado, quanto ao apelante José Nogueira, justo e proporcional para cumprimento da pena corporal – Réu que ostenta condenações diversas pela prática de crimes de tráfico de drogas e uso de documento falso, indicando fazer da criminalidade seu meio de vida – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ou sursis penal, por ausência dos requisitos legais – Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500814-06.2024.8.26.0548; Relator

(a): Fátima Vilas Boas Cruz; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 6ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/11/2024; Data de Registro: 11/11/2024).

O aspecto subjetivo, representado pelo dolo - vontade livre e consciente de realização dos elementos da figura penal típica - também está demonstrado.

Não há excludentes de ilicitude ou mesmo de culpabilidade.

3. Da dosimetria penal

Na primeira fase, a i. Magistrada exasperou a pena-base em 1/3, estabelecendo-a em 04 anos e o pagamento de 13 dias-multa. Para tanto, valorou negativamente a personalidade do acusado, destacando a prática reiterada de crimes análogos. Apontou, ainda, o registro de condenações que permitiam o reconhecimento dos maus antecedentes¹. A operação comporta reparos.

Sem embargo dos fundamentos expostos, é inviável o reconhecimento de personalidade voltada para a prática de ilícitos em razão dos registros constantes da folha de antecedentes. Embora o acusado registre condenações pela prática de crimes análogos, estes não são aptos a apontar o desvalor da sua personalidade. Com efeito, a personalidade do agente envolve aspectos que se referem ao modo de ser e de agir do autor do delito, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se do seu temperamento e das características do seu caráter. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO

¹ A pena-base merece exacerbação, tendo em vista os diversos maus antecedentes do réu (além de ser reincidente específico). Demonstra personalidade desvirtuada e voltada para o cometimento de crimes patrimoniais. Assim, fixo a pena em UM ANO E QUATRO MESES DE RECLUSÃO E TREZE DIAS MULTA. (fls. 203).

ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de "condenação transitada em julgado por fato anterior".
2. Filio-me ao entendimento segundo o qual a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime.

3. A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem.

4. O legislador conferiu ao julgador maior discricionariedade - mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais - ao não prever um quantum mínimo ou máximo para a exasperação da pena-base. Cabe à prudência do (da) Magistrado (a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto.

5. Com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda. Precedentes.

6. Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, ficando a pena final quantificada em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

(STJ - HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. NEGATIVAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL COM BASE

EM CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO.
MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO.

1. A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negativar a conduta social era admitida porque os antecedentes judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42 do Código Penal anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei n. 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes.

2. Esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negativar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. Mudança de orientação no âmbito da Quinta Turma.

3. Em atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negatificação da conduta social.

4. In casu, prevaleceu na origem a negatificação da conduta social com base na condenação anterior com trânsito em julgado. Conforme a nova compreensão adotada, é necessário afastar a negatificação dessa circunstância judicial, prevalecendo, assim, no ponto, o voto divergente proferido na origem.

5. Afastada a negatificação da conduta social, fixa-se a pena em 6 anos e 6 meses de reclusão, mantendo-se, no entanto, a pena de multa imposta na origem por configurar reformatio in pejus a alteração da pena de multa proposta no voto divergente do julgamento da apelação. 6. Recurso especial provido a fim de redimensionar a pena imposta ao recorrente para 6 anos e 6 meses de reclusão pela prática da conduta descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, mantidos os demais termos da condenação.

(STJ - REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018).

Quanto aos maus antecedentes, muito embora a i. Magistrada não tenha feito menção expressa às condenações que fundamentaram o seu reconhecimento, verifica-se que o réu registra condenações anteriores proferidas nos autos dos processos-crime 0066260-26.2011.8.26.0050 (roubo), que tramitou perante a 30ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, cujo trânsito em

julgado para a acusação se operou em 21 de novembro de 2012 e para a defesa em 15 de março de 2013 (fls. 28); 0074857-13.2013.8.26.0050 (roubo tentado e receptação), que tramitou perante a 15ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, cujo trânsito em julgado para a acusação de deu em 03 de setembro de 2014 e para a defesa em 08 de maio de 2015 (fl. 29); 0111927-25.2017.8.26.0050 (roubo), que tramitou perante a 6ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, cujo trânsito em julgado para a acusação de se deu em 13 de agosto de 2018 e para a defesa em 10 de setembro de 2018. (fls. 29).

Nesse ponto, a i. Magistrada valorou parte dos antecedentes como circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase, reservando uma das condenações para caracterização de reincidência, aplicável, portanto, na segunda fase. A operação é possível conforme reiteradamente decidido pelos Tribunais que não reconhecem na hipótese violação à garantia do *ne bis in idem*. Não se trata dos mesmos registros criminais, mas sim de registros diversos que são considerados distintos fatos geradores incidentes em fases diferentes da dosimetria. Nesse sentido:

Habeas corpus. Falsificação de documento público. Condenação. 2. Conduta atípica. Falsificação grosseira. Revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório. Análise inviável na via do habeas corpus. 3. Dosimetria. Bis in idem. Não ocorrência. **Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da pena base e outra como agravante da reincidência.** 4. Regime inicial fechado. Réu reincidente em crimes dolosos e com maus antecedentes. Ausência de constrangimento ilegal. 5. Ordem denegada.

(STF, HC 108059, 2ª T., rel. Gilmar Mendes, 19/03/2013, v.u.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA PROPORCIONAL E BEM FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 6.

Não há se falar em ofensa à Súmula n.º 241 desta Corte Superior, dado que o Paciente possuía diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como maus antecedentes. 7. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(STJ - HC 241.571/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ROUBO. DECADÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. SOLENIDADE DISPENSADA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 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.).

No mesmo prisma, também segue o posicionamento perfilhado por esta C. Câmara, *in verbis*:

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 penabase. 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 duas 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.).

Consideram-se, portanto, as condenações proferidas nos autos dos processos-crimes nºs 0066260-26.2011.8.26.0050 e 0074857-13.2013.8.26.0050 para fins de reconhecimento dos maus antecedentes. Contudo, o aumento no patamar estabelecido, sobretudo considerando o afastamento de uma das duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, se mostra excessivo. Assim, a pena é readequada com aplicação do aumento no importe de 1/6. Obtém-se, dessa forma, a pena base de 03 anos, 06 meses de reclusão e o pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda etapa, a condenação não utilizada como maus antecedentes fundamentou a afirmação da reincidência. Para tanto, considera-se a condenação proferida nos autos do processo-crime 0111927-25.2017.8.26.0050. Considerando o reconhecimento de uma agravante, a fração de aumento é foi corretamente fixada em

1/6, obtendo-se a pena de 04 anos, 01 mês de reclusão, e o pagamento de 12 dias-multa.

Não foram reconhecidas causas de aumento ou diminuição de pena.

O regime inicial não comporta modificação. O réu, reincidente, foi condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 anos de reclusão. Assim, o regime fechado é decorrência da aplicação do art. 33, §2º, do Código Penal, não havendo que se falar em *bis in idem*.

Não havendo razões que justificassem um aumento do valor do dia-multa em patamar superior ao mínimo, foi fixada em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos.

Os antecedentes criminais do acusado justificaram o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis* (art. 44 e 77 do Código Penal).

Por fim, no que tange ao pedido de detração penal, embora não se desconheça o teor da Lei nº 12.736, de 2012, resta inviabilizada a fixação do regime mais brando em face do tempo de cumprimento da custódia cautelar. Com efeito, não se tem notícia acerca da real situação carcerária do apelante, a revelar ou não o direito, de pronto, à detração penal. Ademais, é imperioso que o Juízo da execução se manifeste por primeiro, a múngua de informações concretas e, sobretudo, em estrita obediência ao princípio constitucional do juiz natural.

4. Do Voto

Posto isso, pelo meu voto, conheço do recurso, concedo os benefícios da gratuidade e, no mérito dou parcial provimento para: a) reduzir a fração de aumento aplicada na primeira fase da dosimetria para 1/6, readequando a pena ao final aplicada para 04 anos, 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado e o pagamento de 12 dias-multa pela prática do crime previsto no art. artigo 311, §2º, inciso III, do Código Penal. Mantenho, no mais, a r. Sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARCOS ZILLI

Relator