



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000282512

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500218-44.2022.8.26.0628, da Comarca de Itapevi, em que é apelante FÁBIO FERNANDES DE MELO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 25 de março de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1500218-44.2022.8.26.0628

Apelante: Fábio Fernandes de Melo

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Itapevi

Magistrado: Udo Wolff Dick Appolo Do Amaral

Voto 10692

Ementa. Direito Penal. Apelação criminal. Crime de dano qualificado. Pedido de absolvição por insuficiência de provas ou por ausência de dolo, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP. Impossibilidade. Diminuição da pena-base ao mínimo legal. Não cabimento. Provas seguras de autoria e materialidade. Condenação legítima. Conduta típica. Pena e regime prisional bem aplicados. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de apelação interposta por Fábio Fernandes de Melo, contra a sentença (fls. 206/210), que o condenou como incurso nas sanções do artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, ao cumprimento de 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, bem como ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente à época do fato, em regime prisional inicial semiaberto, buscando a absolvição por insuficiência probatória ou por ausência de dolo, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP. E, subsidiariamente, postulou a diminuição da pena base ao mínimo legal (fls. 217/223).

Regularmente processado o recurso, vieram as contrarrazões (fls. 226/228).

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 239/246) sobreveio no sentido de desprovimento do recurso.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O apelante foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 28 de janeiro de 2022, por volta das 20:00 horas, na Estação de Trem, na Vila Dolores, na Cidade e Comarca de Itapevi, destruiu o patrimônio público do Estado de São Paulo, qual seja, uma parede de drywall localizada na Estação de Trens Metropolitanos, conforme fotografia (fl. 15).

Segundo apurado, na data dos fatos, o réu estava na plataforma, aguardando a chegada do trem.

Enquanto isso, Carlos Gabriel Brito da Silva pulou a cerca que dá acesso à Estação, mas foi detido pelo agente de segurança Vagner Matos Garcia Perez, que o conduziu até a Estação para que pagasse a passagem.

Então, o acusado avisou que iria pegar o celular de Carlos, que havia caído perto da cerca.

Ocorreu que, ao acender a lanterna em direção a um matagal próximo, encontrou um simulacro de arma de fogo.

Em razão disso, os agentes realizaram a abordagem do réu.

Contudo, o acusado não aceitou ser revistado, momento em que se enfureceu e chutou a parede da Estação de Trem, que dá acesso às salas operacionais, destruindo-a, conforme fotografia juntada (fl. 15).

Em razão dos fatos, foi realizada a prisão em flagrante de Fábio de Melo.

A materialidade resultou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante delito (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 02/05), auto de exibição/apreensão (fl. 13), fotografia (fl. 15), laudo pericial (fls. 189/194), bem como pela prova oral produzida.

A autoria, do mesmo modo, resultou incontroversa.

O acusado Fábio Fernandes de Melo, na Delegacia de Polícia, disse que “o simulacro não era seu, que quebrou a parede da estação, pois estava algemado e nervoso, por consequência acabou chutando a parede, que vive em união estável e possui três filhos. Trabalhava como autônomo”.

Em Juízo, o réu negou os fatos. Disse que estava no local com o seu primo. Estavam vindo do sanatório, do hospital. Tinha dez reais para pagar a passagem de ambos. Não sabe o que deu na cabeça dele, que resolveu pular a estação. Todavia, tinha dez reais para pagar a passagem deles. Ele estava com seu telefone celular, mas quando retornou, não mais se achava com ele. Foi pular no lugar em que seu primo estava, a fim achar seu telefone. Os agentes de segurança ajudaram-no a procurar e acharam um simulacro de arma de fogo; todavia, falaram que era dele. Levaram-no à estação, "lá para cima". Falaram que iriam levá-lo para Delegacia. Respondeu que não iria, porque "não era seu". Os guardas começaram a bater nele, jogaram-no na parede. Saiu um monte de gente, e todos vendo. Quando ficava vazia a estação, eles continuavam bater nele. Como ele estava bem "afobado", querendo sair, "deu um chute", mas não foi sua intenção quebrar a estação. Indagado sobre o motivo pelo qual havia dado seu celular ao seu primo, respondeu que pediu para ele segurar o aparelho para ele ir no banheiro.

A testemunha Jeferson Santana da Silva, agente de segurança, ouvido na fase policial, afirmou que "trabalhava como agente de segurança e, no dia e hora dos fatos, o seu parceiro presenciou Carlos Gabriel Brito da Silva, pulando a cerca que dá acesso à estação. Ele foi o até o local e o conduziu até a estação para que pagasse a passagem. Uma senhora pagou a passagem de Carlos e o indivíduo de nome Fábio Fernandes de Melo, que se encontrava na plataforma falou que iria pegar o celular de Carlos, perto da cerca. O agente Wagner que foi até onde se encontrava Carlos, e acendeu a lanterna de seu celular, para procurar o celular perdido de Carlos, e num matagal, encontrou um simulacro. Após encontrar o simulacro, efetuaram revista pessoal em Carlos e Fábio, sendo que Fábio ofereceu resistência, tendo sido necessário fazer uso de algemas, e após a colocação destas, Fábio chutou uma parede de drywall, que dava acesso às salas operacionais, danificando-a."

Em Juízo, ouvido sob o crivo do contraditório, Jeferson Santana da Silva afirmou que estava trabalhando no mezanino da Estação de Itapevi, quando seu companheiro veio com o rapaz e um simulacro de arma de fogo. Foram fazer a revista dele, que se demonstrou muito agressivo e veio para cima do corpo de segurança. Após colocar ele para baixo das câmeras, ele começou a dar chutes e

desferiu um chute contra a parede da estação, danificando-a.

A testemunha Vagner Matos Garcia Perez, agente de segurança, ouvido na fase policial, afirmou que "trabalhava como agente de segurança, e no dia e hora dos fatos, presenciou Carlos Gabriel Brito da Silva, pulando a cerca que dá acesso à estação; que foi até o local e o conduziu até a estação para que pagasse a passagem; que uma senhora pagou a passagem dele, e indivíduo de nome Fábio Fernandes de Melo, que se encontrava na plataforma falou que iria pegar o celular de Carlos, perto da cerca; que foi até onde se encontrava Carlos, e acendeu a lanterna de seu celular, para procurar o celular perdido de Carlos, e num matagal, encontrou um simulacro; que, após encontrar o simulacro, efetuaram revista pessoal em Carlos e Fábio, sendo que Fábio ofereceu resistência, tendo sido necessário fazer uso de algemas, e após a colocação destas, Fábio chutou uma parede de drywall, que dava acesso às salas operacionais, danificando-a."

Em Juízo, ouvido sob o crivo do contraditório, Vagner Perez afirmou que eles adentraram a estação sem pagar e um dos rapazes que estavam com ele pulou em uma área restrita. Foi no local, orientando-o de que não poderia estar ali e foi levá-lo a fora da estação. Contudo, uma das pessoas que estava junto pagou a passagem deles, que, aí, "passaram a ser clientes". Então, ele pulou no lugar em que o amigo ou o primo pulou a primeira vez, alegando que o primo tinha deixado cair o celular lá. Quando ligou a lanterna do celular, para ajudá-lo, ele saiu andando, no que viu que ali havia um simulacro de arma de fogo. Diante dessa situação, levaram-no à estação, a fim de fazer busca e revista, no que o réu se exaltou e acabou desferindo um chute na parede de "dry wall", danificando-a.

A testemunha Carlos Gabriel Brito da Silva, ouvido na fase policial, disse que, "no dia, estava no trem em sentido a Itapevi, que ao chegar na estação foi abordado pela segurança da CPTM, pois havia desembarcado para comprar um cigarro e tentado entrar novamente, dessa vez sem máscara, que o Fábio estava lhe esperando para irem embora para a estação Amador Bueno, que o Fábio iria pagar a passagem para ele (Carlos), pois suas mercadorias foram confiscadas, que carregava o celular do Fábio e perdeu nesse contexto, que o Fábio disse que iria procurar o celular, quando então um dos seguranças achou um simulacro próximo onde o Fábio procurava, que então foram algemados, que o Fábio se exaltou e acabou

dando chutes no ar, que estava nervoso, que não chegou a ver ele quebrando a parede”.

Dessa forma, ao contrário do que argumentou a defesa do réu, a prova resultou cristalina de que o delito previsto no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, ocorreu e foi cometido pelo acusado, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pelas testemunhas, na fase policial e em Juízo, formando uma boa e robusta prova incriminadora, ficando inviável o argumento da combativa defesa no sentido da insuficiência probatória ou ausência de dolo.

O delito de dano qualificado encontra amparo na prova produzida na fase inquisitiva, confirmada integralmente pelas testemunhas agentes de segurança em Juízo, sob o crivo do contraditório, além de estar apoiada na prova documental constante dos autos.

Portanto, no caso em tela, há elementos suficientes para a manutenção do édito condenatório, que não se respalda apenas em prova indiciária, mas, sem desconsiderar aquelas, firma-se também nas provas colhidas sobre o crivo do contraditório, motivo pelo qual não há que se cogitar de violação dos artigos 155, do Código de Processo Penal, como quer fazer entender a defesa.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO. NULIDADE. AFRONTA AO ARTIGO 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA TESTEMUNHAL, SUBMETIDA AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO, CORROBORANDO CONFISSÃO NA FASE INQUISITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - Esta Corte Superior tem o entendimento pacífico de que não se admite a condenação com base exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial. Todavia, no presente caso não há falar em afronta ao artigo 155, do CPP, uma vez que a condenação baseou-se também na prova testemunhal colhida em juízo, corroborando a confissão extrajudicial. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 241348 MG 2012/0090464-5, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJSE), Data de Julgamento: 27/06/2014, Sexta Turma, Data de Publicação: DJE 07/08/2014).

Ademais, a destruição foi confirmada pelo laudo pericial (fls. 189/194) e pela fotografia juntada (fl. 15).

Assim, tem-se que a autoria e a materialidade do crime de dano qualificado resultaram bem comprovadas pela prova oral e, especialmente, pelo laudo pericial realizado, que apontou para o dano praticado ao patrimônio público, demonstrando com clareza a responsabilidade do apelante pela prática do dano descrito na denúncia, bem como que atuou de forma dolosa.

Os depoimentos das testemunhas foram uníssonos, firmes, coesos e claros, no sentido de que o apelante foi, juntamente com agentes de segurança da CPTM, procurar o seu celular que havia caído quando o primo pulou a cerca da estação. Ocorre que, durante as buscas no referido local, foi encontrado um simulacro de arma de fogo. Diante de tal situação altamente suspeita, o apelante foi levado à estação, a fim de que fosse submetido a uma revista pessoal, momento em que, nervoso, acabou dando um chute contra a parede, danificando-a.

Apesar do apelante alegar que não agiu com a intenção de danificar o patrimônio público, aduzindo que se sentiu injustiçado, porque o simulacro não lhe pertencia e, por isso, se exaltou, acabando por atingir involuntariamente a parede da estação, sua desculpa apresentada, de que na ocasião encontrava-se bastante exaltado e agressivo não o exime de responsabilidade penal, tampouco justifica sua conduta de deteriorar patrimônio público, sendo certo que desferir chutes contra a parede da estação não implicaria, de maneira alguma, em sua soltura, mesmo porque já havia sido contido e algemado.

Na verdade, o comportamento adotado pelo apelante, claramente, visava exteriorizar sua indignação com a situação sofrida, optando ele, de forma livre, consciente e voluntária, por danificar a parede, o que, por certo, configura o elemento subjetivo específico exigido pelo tipo penal em testilha, sendo sua condenação, via de consequência, medida de rigor.

Como muito bem fundamentou o culto Juiz sentenciante: *“examinando a prova oral, vislumbram-se elementos inequívocos a ligar o acusado à prática ilícita descrita na inicial acusatória. De acordo com os depoimentos dos agentes de segurança do local, um indivíduo de nome Carlos foi abordado e o acusado, que estava próximo ao local, prontificou-se a procurar o aparelho telefônico do sujeito. Durante a procura, próximo ao*

denunciado, foi encontrado um simulacro de arma de fogo (fls. 195/198), momento em que os funcionários efetuaram a revista pessoal do réu, que, a seu turno, passou a oferecer resistência e golpeou a parede drywall da sala operacional da estação, causando significativo dano ao patrimônio. A destruição foi confirmada pelo laudo pericial de fls. 189/194 e pela fotografia de fl. 15. Outrossim, não foram trazidos elementos para infirmar as sólidas evidências supramencionadas. O acusado tentou justificar sua conduta, dando a entender que estava se defendendo de agressões dos funcionários da CPTM, que o estavam agredindo. Todavia, sua alegação de mera reação à conduta dos agentes apresenta-se isolada. Não há qualquer indicação de que tenha sido agredido ou estivesse em vias de ser agredido pelos agentes, que agiam em conformidade com o por ele esperado, ou seja, ao localizar simulacro de arma de fogo em condições que levavam a crer que pertenceria ao acusado. No mais, o dolo esgota-se na vontade livre e consciente de desferir o chute contra a parede do estabelecimento público, porquanto o dano resultante é desdobramento causal lógico dessa ação. Pouco importa, com efeito, se o réu sabia ou não que a parede era de gesso ("dry wall"). Portanto, como já colocado, compreende-se demonstrado que o acusado destruiu a parede da estação de trem, conduta que se adequa ao tipo penal descrito no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal. Sendo assim, bem como por não vislumbrar causas excludentes de ilicitude ou dirimentes de culpabilidade, a condenação é a medida que se impõe, razão pela qual passo à dosimetria da pena."

Nesse particular, importante destacar que, ao contrário de ser insignificante, vê-se que o dano causado foi bastante considerável, evidenciando o "animus nocendi" do agente que destruiu e deteriorou coisa alheia, patrimônio do Estado de São Paulo, consistente na parede da estação de trem, que dá acesso às salas operacionais, conforme laudo pericial (fls. 189/194), salientando-se que a qualificadora presente no artigo 163, § único, inciso III, do Código Penal, ficou bem evidenciada, uma vez que o crime foi praticado contra o patrimônio público.

E, bem a propósito, a lição do saudoso mestre Damásio Evangelista de Jesus, esclarecendo que, "*para nós, o elemento subjetivo do tipo do crime de dano é simplesmente o dolo, a vontade de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia. O tipo não exige qualquer outro elemento subjetivo ulterior, qualquer finalidade específica*" (Direito Penal, Volume II, Editora Saraiva, 25ª Edição, 2003, Página 400).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica a cela de estabelecimento prisional em que está recolhido. Artigo 163, parágrafo único, inciso III. O crime de dano exige, para a sua configuração, apenas o dolo genérico" (RT 731/514).

O crime foi cometido contra o patrimônio do Estado de São Paulo, daí a tipificação do crime como dano qualificado (artigo 163, parágrafo

único, inciso III, do Código Penal)

Cabe ressaltar que os depoimentos das testemunhas estão em harmonia com as demais provas produzidas nos autos.

Apesar dos esforços da combativa defesa, as provas coligidas são suficientes para a manutenção da condenação do réu.

Portanto, as teses defensivas de nada amparam o réu, não merecendo crédito nenhum, tendo em vista que os autos se encontram carregados de conteúdo probatório. Sendo assim, não restam dúvidas do delito de dano qualificado praticado pelo réu.

Assim, apesar do esforço da combativa Defesa, a prova amealhada é suficiente para a manutenção da condenação do réu, não havendo que se falar em insuficiência probatória ou ausência de dolo.

Como se vê, o dolo do crime de dano foi absolutamente demonstrado, pois o agente, claramente, teve o intuito de danificar a parede da estação de trem, que dá acesso às salas operacionais.

É o quanto basta.

Ora, no que se refere ao elemento subjetivo do crime de dano, entende-se que não se exige para a sua configuração o dolo específico consistente na “vontade de prejudicar”. Assim, basta o dolo genérico, a vontade livre e consciente de destruir, inutilizar ou danificar. O prejuízo é o resultado de tal vontade consciente.

Assim entende a doutrina:

“Portanto, não é exigível nenhum dolo específico no crime de dano. Basta o dolo genérico, isto é, a vontade e a consciência de destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia. É a conclusão a que chegamos e que nos parece exata, diante dos termos do artigo 163” (Magalhães Noronha, Código Penal Brasileiro Comentado, São Paulo, Saraiva, 1958, Volume V, Página 415).

“Elemento subjetivo é o dolo. Não há forma culposa, nem se exige qualquer elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico). O simples fato de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia implica em vontade de causar prejuízo, logo, abrangido pelo dolo” (Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, São Paulo, RT, 2010, Página 786).

No mesmo sentido, já se pronunciou este Egrégio Tribunal de Justiça:

“Apelação. Dano. Autoria e materialidade comprovadas.

Depoimento de policiais. Validade. Finalidade de causar prejuízo é inerente à própria atividade criminosa do agente, bastando o dolo genérico para a configuração do delito. Circunstâncias judiciais desfavoráveis fazem por estabelecer a pena base acima do mínimo, presente a agravante da reincidência. Extinção da punibilidade decretada pela prescrição da pretensão punitiva. Recurso provido, com extinção da punibilidade” (Apelação Criminal 990.08.117826-5, 16ª Câmara Criminal, Relator Edison Brandão, Julgado em 25/05/2010, DJE 09/06/2010).

Desta forma, o conjunto probatório é seguro, coeso, demonstrando que o apelante realmente agiu conforme descrito na denúncia, não pairando nenhuma dúvida acerca da autoria e materialidade delitivas.

Assim, apesar do esforço da combativa defesa, a prova amealhada é suficiente para a manutenção da condenação do réu pelo delito de dano qualificado.

Não trouxe o apelante qualquer prova que pudesse ilidir a sua responsabilidade, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pela defesa. Na reiteração da instância, nada de novo foi alegado que infirmasse as conclusões da decisão recorrida.

Evidenciadas a materialidade e a autoria dos fatos, assim como sua tipicidade e ilicitude do delito, nada havendo nos autos que isente o réu da pena, de rigor era a condenação.

Em suma, o quadro probatório contém elementos de convicção, de molde a não deixar dúvidas sobre a prática, pelo recorrente, do crime de dano qualificado (artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal), não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, diante do conjunto probatório coligido nos autos, não há dúvidas em relação à autoria e à materialidade do delito.

Portanto, inviável a aplicação do princípio da presunção da inocência ou “*in dubio pro reo*”.

Passo à análise das reprimendas impostas.

E, inicialmente, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, considerando os péssimos antecedentes do acusado, a personalidade com traços de agressividade, o que se extrai não apenas da conduta resultante no dano aqui tratado, mas também da sua reação desproporcional à atuação legítima dos

agentes da CPTM, além das circunstâncias desfavoráveis, considerando a audácia da atuação do acusado, indicando ausência de freios e percepção de impunidade, considerando que praticou a ação na presença de vários agentes e de terceiros estranhos à sua conduta, o Juiz sentenciante corretamente fixou a pena-base acima do mínimo legal, isto é, em 01 (um) ano de detenção, bem fundamentando nos seguintes termos:

“A culpabilidade não excedeu o ordinário. O acusado possui péssimos antecedentes, tendo em vista que ostenta seis condenações transitadas em julgado por crimes contra o patrimônio (fls. 33/37). Anote-se que o Processo de furto 0002329-30.2017.8.26.0635, será considerado como reincidência e os demais (envolvendo delitos de roubo, furto e receptação) serão considerados como maus antecedentes e sopesados nesta fase da dosimetria. Nada de desabonador quanto à conduta social. Personalidade com traços de agressividade, o que se extrai não apenas da conduta resultante no dano aqui tratado, mas também da sua reação desproporcional à atuação legítima dos agentes da CPTM. Motivo, ao que tudo indica, foi o comum do tipo. Circunstâncias desfavoráveis, considerando a audácia da atuação do acusado, indicando ausência de freios e percepção de impunidade, considerando que praticou a ação na presença de vários agentes e de terceiros estranhos à sua conduta. Consequências não extrapolaram o ordinário. A vítima não teve contribuição relevante. Pois bem, analisadas essas circunstâncias judiciais, bem como levando em conta as exigências de necessidade e suficiência da pena para a reprovação e prevenção do delito, nos termos do artigo 59 do Código Penal, arbitro a pena-base em 01 (um) ano de detenção”.

Assim, no caso vertente, verifica-se que o acusado possui de fato péssimos antecedentes criminais (devidamente comprovados pela certidão de fls. 33/37 por delitos de roubo, furto e receptação), não utilizados para gerar reincidência, mas que justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

Cumprido destacar que o apelante apresenta condenações anteriores com trânsito em julgado, de modo que as condenações por delitos de roubo, furto e receptação foram sopesadas a título de maus antecedentes, enquanto outra por furto (Processo 0002329-30.2017.8.26.0635) foi apreciada na segunda fase da dosimetria, na condição de agravante genérica, não havendo violação do princípio da vedação do *bis in idem*, pois condenações distintas foram ponderadas em etapas diversas.

Portanto, não há que se falar, como quer a defesa, na

fixação da pena-base no mínimo legal, tendo em vista que, ao contrário do alegado, o réu possui péssimos antecedentes devidamente comprovados, que não geraram reincidência, mas justificam o aumento da pena base acima mínimo legal.

Assim, correta a valoração negativa desta circunstância judicial, devendo ser mantido o aumento pelos péssimos antecedentes.

Além disso, não há que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal ou redução da fração de aumento, ante a personalidade do agente e as circunstâncias desfavoráveis, considerando a audácia da atuação do acusado, indicando ausência de freios e percepção de impunidade, considerando que praticou a ação na presença de vários agentes e de terceiros estranhos à sua conduta, podendo justificar a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Não há que se falar no afastamento ou redução do aumento na primeira fase da dosimetria penal, como quer a defesa, pois ficou demonstrado que o apelante possui personalidade com traços de agressividade, o que se extrai não apenas da conduta resultante no dano aqui tratado, mas também da sua reação desproporcional à atuação legítima dos agentes da CPTM, bem como ante as circunstâncias desfavoráveis, considerando a audácia da atuação do acusado, indicando ausência de freios e percepção de impunidade, considerando que praticou a ação na presença de vários agentes e de terceiros estranhos à sua conduta, não se mostrando imprescindível estudo psicossocial para sopesar a conduta social ou personalidade do agente, pois o exame relacionado à conduta social ou personalidade do acusado está afeito à prática de delitos e o antagonismo com a ordem social, intrínseco de seu temperamento, deixando descoberto sua má índole, haja vista as características ponderadas, ou seja, diz respeito à vida hodierna do acusado, o seu modo de vida.

Prevê o artigo 59, do Código Penal, que se considere, quando da fixação da pena, de várias circunstâncias, entre elas da conduta social e personalidade do agente.

O mestre Cézar Roberto Bittencourt esclarece que personalidade *“deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno, personalidade ‘é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano’.* Na análise da

personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu” (Tratado de Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 2014, Volume I, Página 775).

Assim, para que se analisem eventuais desvios é necessário utilização de condutas praticadas pelo autor para que, a partir delas, faça-se uma projeção acerca de uma tendência de perpetuação de condutas criminosas no futuro, sem a necessidade de laudo técnico para tanto, de forma a indicar a necessidade de uma pena mais rigorosa para interrompê-la.

Neste sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE DOS AGENTES. LAUDO TÉCNICO. DESNECESSIDADE. AFERIÇÃO A PARTIR DE ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc., sendo prescindível a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria e psicologia para análise quanto a personalidade do agente. 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, Agravo no REsp: 1301226/PR, 2012/0009106-7, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 11/03/2014, Data de Publicação: DJE 28/03/2014).

Tanto assim que o mestre Cleber Masson, comentando o artigo 59, do Código Penal, afirma que personalidade do agente *“é o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais”*. (Código Penal Comentado, São Paulo, Método, 2016, Página 391).

No mais, verifica-se que o Juízo monocrático fundamentou, suficientemente, o recrudesimento da pena básica do apelante, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Quanto à fração utilizada, diverso do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição, em que a lei prevê uma fração mínima e máxima, na primeira e na segunda etapa da dosimetria, o montante a ser elevado subordina-se ao convencimento do julgador, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É reservada, portanto, ampla margem de discricionariedade no *quantum*, desde que respeitados os limites mínimos e máximos da sanção fixada

abstratamente, de forma que garanta a sua individualização e contribua para a efetivação dos objetivos da reprimenda.

Nesse cenário, desde que apresentados fundamentos concretos e idôneos, justamente como este caso exige, o magistrado não só pode como deve impor a sanção inicial em qualquer valor previsto no preceito secundário cominado, não havendo que se falar em fixação da pena base no mínimo, nem em redução da fração de aumento, tendo sido bem fundamentado pelo culto Juiz sentenciante tal aumento, não havendo que se falar em ofensa aos princípios da legalidade, da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Ademais, o Juiz possui discricionariedade na aplicação da pena, cabendo-lhe impor a reprimenda mais adequada para desestimular a reiteração criminosa.

Conforme leciona o mestre Rogério Greco acerca do primeiro estágio da operação, *“nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59, do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto”*.

No mesmo sentido, caminha a jurisprudência:

“Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado” (STJ, Agravo no AREsp 396.788/SP, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, Julgado em 18/06/2014, DJE 01/08/2014).

Assim sendo, não há que se falar em abrandamento das bases.

Na segunda fase, acertadamente foi reconhecida a circunstância agravante da reincidência (Processo 0002329-30.2017.8.26.0635, conforme certidão de fls. 33/37), elevando a pena em 03 (três) meses, resultando em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 15 (quinze) dias multa.

Ausentes atenuantes.

Não há que se reconhecer a circunstância atenuante da confissão (artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal), pois não houve confissão espontânea por parte do apelante, tendo em vista que, embora o apelante tenha admitido o dano, alegou tese de legítima defesa e de ausência de dolo, isto é, de que não quis praticar o dano, negando a intenção dolosa, com o fim de afastar sua

responsabilidade criminal, criando versão fantasiosa no intuito de ludibriar o Juízo, não havendo, pois, arrependimento do réu, sendo que não confessou o crime e sequer assumiu o dolo inerente à conduta imputada e sua alegação não foi corroborada pelos elementos de prova colhidos durante as investigações e instrução.

“A confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se dá de forma completa, a fim de se prestigiar a sinceridade do infrator, pois, em hipótese contrária, inexistente verdade total da dinâmica da ocorrência penal” (RJDTACRIM 31/84).

“Em se tratando da atenuante da confissão, o agente que, buscando minimizar sua conduta, compromete a verdade processual, não pode reclamar a obtenção do valor legal, pois, além do requisito da espontaneidade, não se admite, para efeito de atenuação de penas, confissão pela metade” (RJDTACRIM 33/56).

Na última fase, ausentes causas especiais ou gerais de aumento ou diminuição, tornou a pena definitiva.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, malgrado o *quantum* punitivo, tendo em vista as condições judiciais desfavoráveis do apelante, que é reincidente, tudo a demonstrar a sua periculosidade e contumácia criminosa, bem como que as punições anteriormente experimentadas por ele não lhe proporcionaram a necessária conscientização, de nada valendo, portanto, a prevenção especial, sem nenhum efeito intimidativo no caso concreto, a recomendar, de conseguinte, a imposição do regime prisional semiaberto para o início do desconto da pena corporal, como sinal de maior reprovabilidade de sua repetida conduta, nos termos do artigo 33, parágrafos segundo e terceiro, do Código Penal, de forma que o regime semiaberto se apresenta de boa monta considerada a natureza do crime e suas circunstâncias.

Com efeito, a despeito da pena aplicada, a reincidência do apelante, impede a fixação de regime inicial aberto, nos termos do artigo 33, § segundo, alínea “c”, do Código Penal (contrario sensu), § terceiro, do Código Penal, não havendo se falar no seu abrandamento.

O passado criminoso do réu, que demonstrou personalidade avessa ao ordenamento jurídico, sendo reincidente, deixa clara a insuficiência da fixação do regime aberto, sendo o regime prisional semiaberto corretamente eleito no primeiro grau de jurisdição.

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e, principalmente, a obstar a reiteração criminosa.

Assim, inviável cogitar-se de regime prisional aberto, tendo em vista que tal benesse é insuficiente para a correta repressão do delito em análise e às circunstâncias concretas do crime em apreço, por ser o apelante reincidente, nos termos do artigo 33, § terceiro, do Código Penal, não se cogitando ofensa às Súmulas 718 e 719, do STF, ou a Súmula 269, do STJ, ou mesmo aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade ou da individualização da pena.

Não é outro o entendimento dos nossos Tribunais Superiores:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA. STJ 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (Habeas Corpus 175.538/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 18/04/2013). As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Contudo, o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 08 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual, em aplicação do regime legal, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido” (STJ, Habeas Corpus 315.449/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Julgado em 15/12/2016, DJE 01/02/2017).

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO AO RÉU REINCIDENTE: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido

de que a pena de reclusão inferior a dois anos não cria direito subjetivo ao regime aberto para o seu cumprimento, mormente quando o réu é reincidente. Ordem denegada” (STF, Habeas Corpus 113.304/SP, Relator Ministro Carmem Lúcia, Julgado em 02/04/2013, DJe 17/04/2013).

O Supremo Tribunal Federal dita a jurisprudência sobre o tema, sobre a possibilidade inclusive de fixação de regime mais severo do que optado pela sentença, decidindo-se que:

“As alíneas b e c do § 2º do artigo 33, do Código Penal, dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto) a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação” (STF, Habeas Corpus 113736/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

Nesse contexto, conforme firme entendimento jurisprudencial, tratando-se de réu reincidente, incabível a imposição do regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sob pena de ferir o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. ORDEM CONCEDIDA PARA MODIFICAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O INICIAL SEMIABERTO. Tratando-se de réu reincidente é vedada a imposição do regime aberto para o início do desconto de sua reprimenda. Ordem concedida para modificar o regime de cumprimento de pena para o inicial semi-aberto” (STJ, Habeas Corpus 107849/MG, 2008/0121161-2, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), Sexta Turma, Data de Julgamento: 01/07/2008, DJE 12/08/2008).

E, pelos mesmos motivos, igualmente inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou *sursis*, porque seria insuficiente para a repressão e prevenção do delito em tela, especialmente ante a reincidência do réu, não sendo socialmente recomendável tal medida, portanto, não indicados, nos termos do artigo 44, incisos II e III, e artigo 77, incisos I e II, do Código Penal.

Portanto, não há que se falar em ofensa a qualquer dos princípios e normas constitucionais e federais aventados pela defesa, muito menos afronta à Constituição Federal ou às normas penais ou processuais penais.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR