



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000295870

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0062643-77.2019.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WILAME MARTINS AMORIM JUNIOR, é embargado COLENDIA 14ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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, acolheram parcialmente os presentes embargos de declaração, nos termos que constarão do acórdão**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 27 de março de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO nº 13.516

APELAÇÃO nº 0062643-77.2019.8.26.0050/50000

COMARCA: São Paulo - 21ª Vara Criminal Central

EMBARGANTE: Wilame Martins Amorim Junior

EMBARGADA: 14ª Câmara de Direito Criminal

EMENTA: DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REINCIDÊNCIA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARCIALMENTE SEM REFLEXO NA CONCLUSÃO DO JULGAMENTO.

I. Caso em Exame: Embargos de declaração interpostos por Wilame Martins Amorim Junior contra acórdão que negou provimento ao recurso defensivo em ação penal movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. O embargante alega omissão quanto ao afastamento da agravante da reincidência e outros pontos.

II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a existência de omissão no acórdão quanto ao afastamento da agravante da reincidência e (ii) analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. Razões de Decidir: 3. O acórdão foi claro e extenso na fundamentação, não havendo omissão quanto à qualificadora de destreza e aos maus antecedentes. 4. A reincidência foi corretamente considerada, pois a agravante foi compensada com a atenuante da confissão, sem reflexo na pena, afastando-se a omissão. A substituição da pena foi negada devido à reincidência e maus antecedentes.

IV. Dispositivo e Tese: 5. Embargos acolhidos parcialmente para esclarecer a omissão sobre a reincidência, sem modificação no resultado do julgado.

Tese de julgamento: 1. A reincidência pode ser compensada com atenuantes sem alterar a pena. 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incabível em casos de reincidência e maus antecedentes. **Legislação Citada:** Código de Processo Penal, art. 619 Código Penal, art. 44, incisos II e III; art. 64, inciso I **Jurisprudência Citada:** STJ, HC 167.602/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, DJe 9/3/2011 STJ, HC 209.148/SP, Rel. Min. Marilza Maynard, 5.ª Turma, DJe 19/11/2012.

Vistos.

Cuida-se de embargos de declaração interpostos por Wilame Martins Amorim Junior, com fulcro no art. 619 do Código de Processo Penal, em face do v. Acórdão de fls. 275/285, proferido nos autos da ação penal que lhe moveu o Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo qual se negou provimento ao recurso defensivo.

Alegou o embargante que o v. acórdão foi omissso na medida em que deixou de analisar o pleito de afastamento da agravante da reincidência. Aduziu que não restou comprovada a qualificadora da destreza, posto que para ser reconhecida há a necessidade de se comprovar um nível de habilidade fora do comum. Ressaltou que o acórdão considerou os maus antecedentes do réu para majorar a pena basilar, contudo, deixou de considerar o lapso depurador de cinco anos da condenação anterior, contrariando o entendimento do STF. Salientou, ainda, que o v. acórdão não considerou a proporcionalidade da pena aplicada ao caso concreto e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pleiteou o acolhimento dos embargos a fim de que sejam sanadas as omissões apontadas (fls. 292/294 e 01/04).

É o relatório.

Conheço dos embargos declaratórios, pois estão presentes seus requisitos de admissibilidade.

Com efeito, de acordo com o artigo 619 do Código de Processo Penal, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para sanar obscuridade, ambiguidade, contradição ou para suprir omissão de questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz, de ofício ou a requerimento.

A ambiguidade ocorre quando a decisão permite mais de uma interpretação; a obscuridade, quando falta clareza na redação, impossibilitando a compreensão de seu conteúdo; a contradição, quando as questões analisadas e decididas se apresentam incoerentes; e, a omissão, quando o julgado deixa de se pronunciar sobre algum ponto do litígio.

O Acórdão proferido às fls. 275/285, em relação aos pontos mencionados nos embargos de declaração, foi explícito e extenso na fundamentação, com exposição clara das conclusões alcançadas, **expressa e inequivocamente**, valendo destacar o seguinte trecho: *“Não é possível acolher o pedido da Defesa de afastamento da circunstância qualificadora de destreza. A qualificadora foi comprovada pelos depoimentos das vítimas e das testemunhas, mormente em se considerando que foi bem esclarecido que o furto ocorreu em uma casa noturna, em horário comumente conhecido pela grande aglomeração, o que facilita a ação dos furtadores, que são especializados em “não deixar rastros”, ou seja, agem conforme a oportunidade da situação, passando-se na maioria das vezes despercebido, caracterizando-se, assim, a destreza. E como ressaltou o Parquet em suas contrarrazões (fls. 250) “Inicialmente, restou demonstrada nos autos a especial habilidade do apelante na subtração*

dos bens das vítimas. Verificou-se que as vítimas tiveram os bens arrebatados das bolsas que traziam consigo, sendo que não perceberem a ação delitiva, devido à especial habilidade do réu durante a ação delitiva. As vítimas somente perceberam o furto após o crime, quando não localizaram os aparelhos que pretendiam fazer uso. Assim, não há dúvida de que o crime restou praticado na forma qualificada. Sobre o tema, já decidiu a nossa jurisprudência: [...] Assim, restando comprovadas a materialidade e a autoria, bem como a presença da circunstância qualificadora, era mesmo de rigor, a condenação do réu”.

Sob este aspecto, reforça-se o fato de que as vítimas só terem podido recuperar seus celulares após algum tempo da subtração, visto que só souberam que não estavam com seu bem quando abriram as bolsas e perceberam que os aparelhos haviam sido subtraídos.

Além disso, o próprio réu em seu depoimento admitiu que, se aproveitou dos momentos de distração das vítimas e pegou os telefones celulares.

Verifica-se que o réu conseguiu, mediante destreza, se apoderar dos telefones, sem que as vítimas tenham percebido a ação delitiva e, evidente que tais bens, de fato, foram retirados do poder de vigilância e controle das vítimas, porquanto foram levados pelo acusado e apenas recuperados em razão da atuação rápida dos agentes de segurança.

Como se vê, em que pese o entendimento exposto pela defesa do acusado, as declarações apresentadas pelas vítimas, corroboradas *in totum* pelo relato do réu, não permitem concluir

que o réu não agiu mediante destreza.

No que tange ao pleito de afastamento da majoração da pena basilar, melhor sorte não colhe.

Outrossim, note-se que o entendimento que prevalece, tanto em sede doutrinária quanto na seara jurisprudencial, de que condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.

E no ponto, vale anotar que condenações com trânsito em julgado após a data dos fatos não afrontam a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, pois não se trata de processo em andamento.

A propósito do tema, o entendimento da aludida Corte Superior:

“Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes” (HC 167.602/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 9/3/2011).

“O Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que podem ser considerados, para caracterizar maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame, conforme procederam as instâncias ordinárias ao fixarem a pena-base do paciente. Não incidência, in casu,

do enunciado n. 444 da Súmula do STJ, porque foram aplicadas condenações já transitadas em julgado, como maus antecedentes, para exasperar a pena-base” (HC 209.148/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5.ª Turma, DJe 19/11/2012).

No caso concreto, o réu sofreu condenação anterior por fato datado de 09/08/2019, tendo ocorrido o trânsito em julgado em 08/02/2023 (certidão de fls. 149/150).

Note-se que a passagem de mais de cinco anos não elimina os maus antecedentes, ao contrário do que ocorre quanto à reincidência. Aliás, o período depurador do art. 64, inciso I, do Código Penal serve, exatamente, para distinguir as condenações não atingidas por ele, que caracterizam a agravante da reincidência, daquelas por ele atingidas, que passam a configurar apenas maus antecedentes (como no caso em tela), os quais podem e devem ser utilizados como circunstâncias desfavoráveis na fixação da pena-base, afastando-se, assim, a tese da defesa de *bis in idem*.

Diferentemente do quanto pretende fazer crer a Defesa, o entendimento que prevalece tanto em sede doutrinária quanto na seara jurisprudencial é de que o Código Penal, quanto aos maus antecedentes, filiou-se ao sistema da perpetuidade, ou seja, o decurso do prazo de cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena não elide a circunstância desfavorável em comento.

Vale dizer, ao contrário do que ocorre com a reincidência, os maus antecedentes acompanham o agente por toda a vida, pois atestam sua vida pregressa e sua personalidade orientada ao

ilícito.

Assim, mantem-se a majoração da pena-base, não acolhendo-se a tese Defensiva.

Por fim, a Defesa alegou que o v. acórdão não analisou o pedido de afastamento da reincidência e razão lhe assiste.

De fato, o acórdão mencionou que não existiu irresignação no tocante às demais fases da dosimetria da pena. Em boa verdade, a contagem do período depurador, previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal, ocorre a partir da extinção ou cumprimento efetivo e integral da pena aplicada, seja ela privativa de liberdade e/ou multa.

Entretanto, importante dizer que o Juízo de origem ao considerar o processo da 11ª Vara Criminal como apto a configurar reincidência, claramente mencionou que não há notícia sobre o cumprimento ou extinção da pena (cf. fl. 151) e, ainda, que a reincidência fosse afastada, importante ressaltar que não há reflexo na pena, posto que a agravante da reincidência foi compensada com a atenuante da confissão na segunda fase.

Assim sendo, agiu com acerto a Magistrada sentenciante ao considerar o réu como reincidente.

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o v. acórdão foi explícito ao mencionar: *“Cabível a manutenção do regime prisional semiaberto, tendo em vista os fins punitivo e dissuasório das penas (artigo 59 do*

Código Penal). Ademais, os extratos de pena previstos no artigo 33, parágrafo 2º, do referido diploma legal, não são aplicáveis com rigidez pétrea, novamente por conta dos princípios da individualização das penas e da isonomia, comprometendo-se uma resposta punitiva estatal adequada ao caso analisado, sendo o apelante portador de maus antecedentes e ainda reincidente. E nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso dos autos.

Pelos mesmos motivos, incabível, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, que também se mostra insuficiente para a reprovação e prevenção do crime e, portanto, deixa de ser aplicada, havendo vedação legal diante da reincidência, consoante se observa do exposto no art. 44, incisos II e III do Código Penal”.

Assim, tem-se que tudo foi devida e claramente analisado, e assim, em que pese o inconformismo do embargante, mostra-se inadmissível que pretenda, como na verdade evidenciado, se valer dos presentes embargos para reforma do decidido, com efeito infringente, sendo certo que a via eleita não é adequada para tanto, já que os embargos de declaração não têm efeito infringente autônomo.

Nesse ritmo, o posicionamento firmado pelo C.

Superior Tribunal de Justiça, como revela, *mutatis mutandis*, o julgado que segue:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. INCONFORMISMO DA EMBARGANTE. EFEITOS INFRINGENTES. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

“1. Os embargos de declaração, a teor do art. 535 do Código de Processo Civil, prestam-se a sanar obscuridade, contradição ou omissão eventualmente presentes na decisão.

“[...] 4. Na verdade, pretende a embargante revisar o julgado que lhe restou desfavorável a fim de que as questões suscitadas sejam solucionadas de acordo com as teses que julga corretas, o que não se coaduna com as finalidades dos embargos de declaração.

“5. A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos a embargos de declaração sobrevém como resultado da presença de omissão, obscuridade ou contradição, vícios a serem corrigidos no acórdão embargado, e não da simples interposição do recurso.

“6. Embargos de declaração rejeitados” (EDcl no MS 13.995/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 25/08/2010).

No que se refere ao prequestionamento das matérias suscitadas pela Defesa, aponto a desnecessidade de oposição de

embargos, com o fim de se prequestionar determinada matéria. Os fundamentos que autorizam a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário perante as Colendas Cortes Superiores não se vinculam à menção expressa de disposição legal da órbita federal ou de norma constitucional.

Evidente que o prequestionamento se situa no comando emergente do Acórdão, o qual, ao ferir o texto da Constituição da República ou de lei federal, irá ensejar o recurso ao Tribunal Superior

Consigne-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, *“tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida”* (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Diante do exposto, pelo meu voto, ante a ausência de qualquer ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição, **ACOLHEM-SE PARCIALMENTE** os presentes embargos de declaração tão somente para esclarecer a omissão no tocante à reincidência do embargante, ficando mantido o teor do Acórdão de fls. 275/285, inexistindo qualquer modificação no resultado do julgado.

FÁTIMA GOMES



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora