



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000329915

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500449-41.2023.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante DIEGO BALTAZAR RIBEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram e deram provimento parcial ao recurso, para condenar Diego Baltazar Ribeiro ao cumprimento de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade a entidades públicas ou privadas, pelo mesmo prazo, e prestação pecuniária de um salário mínimo a entidade pública ou privada com destinação social, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo unitário, tendo-o como incurso no art. 180, caput, do Código Penal . V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

MARCIA MONASSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº. 6599

Apelação Criminal com revisão nº. 1500449-41.2023.8.26.0077

Relatora: **Desembargadora Marcia Monassi**

Órgão Julgador: **3ª Câmara de Direito Criminal**

Comarca: Birigui/2ª Vara Criminal

Juíza: Karina Akemi Nakayama

Apelante: Diego Baltazar Ribeiro

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Caso em Exame: Apelação interposta contra r. sentença que condenou o réu ao cumprimento de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo unitário, tendo-o como incurso no art. 180, caput, do Código Penal. A Defesa aduz, preliminarmente, nulidade do julgado, em razão do não oferecimento de acordo de não persecução penal. No mérito, busca absolvição por ausência de prova do dolo ou desclassificação da conduta para a modalidade culposa. Subsidiariamente, pleiteia abrandamento da pena, mediante reconhecimento da atenuante relativa à confissão espontânea, fixação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. **II. Questão em Discussão:** A questão em discussão consiste em determinar: se há nulidade em razão do não oferecimento de ANPP; se a conduta é dolosa ou culposa; se a pena aplicada condiz com as particularidades do caso concreto. **III. Razões de Decidir:** A reincidência ostentada pelo acusado não é afastada pela concessão do indulto e configura óbice à oferta de ANPP, de sorte que a ausência da proposta não consubstancia nulidade. Os elementos fáticos e a conduta do agente evidenciam que o réu conhecia a procedência ilícita do bem. A Defesa não logrou provar a alegada ausência de dolo. A reincidência não específica em crime doloso não impede a substituição da pena privativa de liberdade. **IV. Dispositivo e Tese:** Recurso parcialmente provido, para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Tese de julgamento: A ausência de proposta de acordo de não persecução penal não importa nulidade, quando há óbice de cunho subjetivo. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é possível para reincidentes em crime doloso. **Legislação Citada:** Código Penal, art. 180, caput; art. 44, §3º; art. 59, III; art. 33, §2º, “c”. **Jurisprudência Citada:** STJ, AgRg no REsp n. 2.101.730/MG, Rel. Min. Rogerio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 29/4/2024. STJ, Súmula 631. AgRg no REsp 1838076/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 19/12/2022. TJSP; Apelação Criminal 1500235-06.2023.8.26.0415, Rel. Toloza Neto, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 03/04/2024. TJSP, Apelação Criminal 0001141-29.2010.8.26.0091; Rel. José Raul Gavião de Almeida, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 10/04/2014. STJ, AgRg no HC n. 847.655/MG, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, j. 26/2/2024. STJ, AgRg no HC n. 887.064/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 8/4/2024.

Trata-se de apelação interposta por **Diego Baltazar Ribeiro** (fls. 214, 230/252) contra a r. sentença (fls. 204/210) que o condenou ao cumprimento de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo unitário, tendo-o como incurso no art. 180, *caput*, do Código Penal.

A Defesa requer, inicialmente, prequestionamento explícito da matéria, com vistas à interposição de recursos aos Tribunais Superiores. Em caráter preliminar, aduz nulidade do julgado, em razão do não oferecimento de acordo de não persecução penal. Em suma, argumenta que a condenação definitiva foi indultada, motivo pelo qual o acusado não pode ser considerado reincidente. Tangente ao mérito, busca absolvição por ausência de prova do dolo ou, subsidiariamente, desclassificação da conduta para aquela tipificada no art. 180, §3º, do CP. Caso mantida a condenação, pleiteia reconhecimento da atenuante relativa à confissão espontânea, fixação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 258/263. Aduziu o acerto da sentença e reiterou as alegações finais, nos termos do art. 2º do Ato Normativo nº 536/2008-PGJ-CGMP.

A douta Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer do ilustre Dr. Antonio Carlos Gasparini, manifestou-se pelo desprovimento do apelo (fls. 272/289).

Inexiste oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, afasto a preliminar arguida.

O Ministério Público consignou, explicitamente, na cota de oferecimento da denúncia, que não ofereceria qualquer benefício legal ao acusado, em razão de maus antecedentes e reincidência ostentados, inferindo que medidas despenalizantes não seriam suficientes à reprovação e prevenção do crime.

Com efeito, o art. 28-A, §2º, II, veda a oferta de ANPP “*se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*”.

Por sua vez, a certidão de fls. 86/88 indica que, à época dos fatos, Diego Baltazar Ribeiro possuía condenações definitivas, não

atingidas pelo período depurador, por infração ao art. 28 da Lei nº. 11.343/06 (ações penais nº. 1500119-20.2018.8.26.0077 e 1501338-03.2022.8.26.0603).

No entanto, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, a condenação por porte de drogas para consumo pessoal não tem o condão de gerar maus antecedentes ou reincidência. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO FORA DO PRAZO LEGAL DE 15 DIAS CORRIDOS. **CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO, COM A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. [...] 4. **A existência de condenação anterior pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas não gera nem maus antecedentes nem reincidência.** 5. Agravo regimental não provido. Concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de afastar a desfavorabilidade da circunstância judicial relativa aos antecedentes, reduzir em parte a pena-base do agravante e, por conseguinte, tornar a sua reprimenda definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. (AgRg no REsp n. 2.101.730/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024.)

Além disso, a mesma certidão evidencia que, em 10/11/2016, Diego Baltazar Ribeiro foi definitivamente condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como incurso no art. 33, §4º, da Lei nº. 11.343/06 (autos nº.

0011079-17.2015.8.26.0077).

Referida pena, de fato, foi julgada extinta em 08/08/2019, porquanto indultada. Ocorre que, por força de entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, ***“O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.”*** (Súmula 631, Terceira Seção, julgada em 24/04/2019, DJe 29/04/2019).

Noutras palavras, a reincidência não é afastada com a concessão do indulto, já que persistem os efeitos secundários da condenação. Logo, no caso concreto, há óbice de cunho subjetivo à oferta de ANPP, de sorte que a ausência da proposta não consubstancia nulidade.

Ultrapassada a questão preliminar, passo à análise de mérito.

O recurso comporta parcial provimento.

Consta da denúncia (fls. 93/94) que, entre os dias 31 de janeiro e 3 de fevereiro de 2022, no Município e Comarca de Birigui, Diego Baltazar Ribeiro adquiriu, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, consistente em uma bicicleta da marca Caloi, aro 29, de cores preta e laranja, avaliada em R\$1.499,00 (mil, quatrocentos e noventa e nove reais), pertencente à vítima Luís Henrique Torres.

Narra a inicial acusatória que, *“no dia 31 de janeiro de 2023, sujeito não identificado foi até a residência da vítima, situada na Rua Manoel Vieira da Silva, nº 766, Vila Maria, e subtraiu a bicicleta. A vítima deu falta de seu bem subtraído e registrou ocorrência (BO–BL5517/23). No dia 03 de fevereiro de 2023, por volta das 12h30min, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina pela Rua São Pedro, no bairro Vila Bandeirantes, quando avistaram Diego na posse de uma bicicleta com as mesmas características da bicicleta da vítima, furtada havia alguns dias atrás. Nesse contexto, abordaram Diego que informou que havia comprado a bicicleta no dia 31.01.2023 (mesma data do furto) pelo valor de R\$100,00 (cem reais). A vítima compareceu no local e reconheceu sua bicicleta. Em razão disso, Diego foi conduzido para a delegacia e o bem foi restituído a vítima (fls. 12). Na delegacia, o denunciado alegou que havia comprado a bicicleta de um indivíduo de nome Luís, que pagou o valor de R\$100,00 e chegou a questionar se a bicicleta era produto de furto, o que foi negado por Luís que informou que a bicicleta era de sua propriedade (fls.10).”*.

A prova é segura para embasar o decreto condenatório.

Constam do processo portaria de instauração de inquérito policial (fl. 02), boletins de ocorrência (fls. 03/05), termos de depoimentos, declarações e interrogatório prestados em solo policial (fls. 07, 08, 09, 10), auto de exibição e apreensão (fl. 11), auto de entrega (fl. 12), nota fiscal do bem receptado (fls. 13/14), prova oral colhida pelo sistema de gravação audiovisual (fls. 154/155).

Na fase policial, o acusado alegou que *“na terça-feira dia 31/01/2023, por volta das 16h30min, comprou uma bicicleta da marca Caloi, pelo valor de R\$100,00 de uma pessoa que conhece apenas como LUIS, após um vizinho seu que tem o nome de WENDEL informar que essa pessoa de LUIS estava vendendo a bicicleta. Segundo o declarante no momento em que comprou a bicicleta questionou a pessoa de nome LUIS perguntando lhe se a bicicleta era produto de furto, o que foi negado por LUIS, dizendo que a bicicleta era de sua propriedade. Na data de hoje (03/02/2023), após ter tirado seu carro para fora da residência e ter deixado o portão aberto, passou pelo local uma viatura da polícia militar que visualizou a bicicleta encostada na garagem da residência. Os policiais militares perguntaram para o declarante a origem da bicicleta e lhe informaram que uma bicicleta com as mesmas características havia sido subtraída alguns dias antes. O declarante informou aos militares que havia comprado a bicicleta na terça-feira, e que havia trocado os pneus da mesma. Os policiais militares chamaram a vítima do furto da bicicleta que foi até o local e reconheceu a bicicleta como de sua propriedade (fatos registrados no Boletim de Ocorrência BL5517-1/2023). No local havia outras duas bicicletas, que segundo o declarante são de sua propriedade e que comprou no Mercado Livre, mas não possui as notas, e devido a este fato os militares apreenderam também essas outras duas bicicletas.”* (sic – fl. 10).

Sob o crivo do contraditório, reiterou a negativa. Disse que adquiriu a bicicleta em comento nas proximidades de sua residência, de um sujeito denominado Luís. Tal indivíduo alegou que a bicicleta lhe pertencia e ofereceu à venda. Aceitou o negócio e pagou R\$100,00 (cem

reais) pela bicicleta, sem saber que se tratava de produto de furto.

Doutro lado, em solo policial, a vítima Luís Henrique Torres declarou que *“no dia 31/01/2023 minha bicicleta foi furtada de minha casa. Alguém pulou o muro e a levou. Foi registrado o boletim de ocorrência BL5517/23”* (sic – fl. 09).

Em juízo, o ofendido ratificou tais declarações. Afirmou que teve a bicicleta furtada, em uma manhã de 2023. Havia a deixado na parte frontal de sua residência e, em determinado momento, ouviu seu cachorro latindo continuamente. Ao verificar do que se tratava, notou que a bicicleta havia sumido. Ela foi restituída, mas não sabe informar em poder de quem foi encontrada.

A seu turno, o policial militar Sinvaldo Mendes afirmou, na fase inquisitiva, que *“estava em patrulhamento de rotina acompanhado do policial ILAN, quando avistamos um indivíduo entrando com uma bicicleta em uma casa. Achamos a atitude suspeita pois tínhamos conhecimento de que uma bicicleta com as mesmas características, havia sido furtada em dia anterior (BO BL5517/23). Ao ser abordado, DIEGO BALTAZAR RIBEIRO disse que tinha comprado aquela bicicleta de um desconhecido, pelo valor de R\$100,00 (cem reais). Foi realizado contato com a vítima que compareceu no local e reconheceu a bicicleta como sendo sua, porém, notou que as rodas dela haviam sido retiradas e acondicionadas em outra bicicleta que também estava na casa.”* (sic – fl. 07).

Por ocasião da audiência de instrução, debates e julgamento, Sinvaldo Mendes confirmou tal versão. Narrou que, durante patrulhamento, quando avistou o acusado em frente a uma residência, cujo portão estava aberto. No interior da garagem, havia cerca de três bicicletas, sendo que uma delas possuía mesmas características de outra furtada em data anterior. Questionado, o réu informou que residia no local, alegou que havia comprado as bicicletas de um desconhecido e que pretendia revendê-las. Especificamente sobre a bicicleta pertencente à vítima, o acusado afirmou que a havia comprado por R\$100,00 (cem reais), no dia anterior. A vítima foi contatada e compareceu ao local, munida da nota fiscal do bem, e reconheceu uma das bicicletas como de sua propriedade. Na mesma ocasião, a vítima observou que as rodas haviam sido trocadas, sendo tal circunstância confirmada pelo próprio réu.

Pois bem.

Integralmente descrito o conjunto probatório, pondero que o delito de receptação exige, para sua configuração, o dolo, assim entendido como a vontade livre e consciente de adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar coisa que sabe ser produto de crime (receptação própria) ou influir para que terceiro de boa-fé a adquira receba ou oculte (receptação imprópria).

Por certo, ao tipo penal previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, não basta o dolo eventual. É indispensável o dolo direto. A lei exige que o agente saiba da procedência ilícita, anteriormente ao

ato ou concomitantemente à ação, e aja com o fim especial de ter proveito próprio ou alheio.

Havendo dúvida, a depender das circunstâncias, ter-se-á caracterizada a receptação culposa, tipificada no art. 180, §3º, do CP:

Art. 180. [...]

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

Não se olvida a dificuldade de enquadramento do delito de receptação, na modalidade dolosa ou culposa, claramente pela impossibilidade de se saber o que passa na mente do autor do crime, ou seja, qual era sua real intenção ou qual seu nível de consciência da origem criminosa do bem, para praticar a conduta típica.

Por este motivo, os Tribunais do país entendem que a verificação do dolo nos crimes de receptação ocorre pela análise de elementos externos. A respeito, assim restou decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça: ***“o dolo no crime de receptação é verificado pelos elementos fáticos e pela conduta do agente, que devem demonstrar que o réu tinha ou deveria ter conhecimento da origem ilícita do bem receptado.”*** (STJ, AgRg no REsp 1838076/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 19/12/2022, DJe 21/12/2022).

Em verdade, em razão da apreensão do produto de crime em poder do acusado, cabia à Defesa provar a inexistência de dolo. Outro não é o entendimento desta C. 3ª Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. RECEPÇÃO. RECURSOS DEFENSIVOS. APELANTE LUÍS GUSTAVO QUE PLEITEIA A ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE RECEPÇÃO. INADMISSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALIDADE DA DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO. **DOLO DEMONSTRADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.** CONDENAÇÃO MANTIDA. APELANTE DANILO QUE PLEITEIA O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. PREJUDICADO. ATENUANTE RECONHECIDA. COMPENSAÇÃO PARCIAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PENA E REGIME MANTIDOS. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INADMISSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. MATÉRIA APRECIADA PELO JUÍZO DE EXECUÇÃO. RECURSOS DESPROVIDOS. 1. A materialidade e a autoria foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 2. A palavra dos policiais militares e civis reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ. AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC). 3. A realização de diligência de busca e apreensão em residência do apelante Luís Gustavo, que culminou na localização de parcela da *res furtiva*, foi devidamente amparada por mandado judicial, assinado por vizinho do apelante que acompanhou a diligência. 4. **No crime de receptação, tendo sido o bem apreendido em poder do réu, incumbe à sua Defesa fazer prova de sua origem lícita ou da inexistência de dolo, nos termos do art. 156 do CPP** (STJ. HC n. 366.639/SP. AgRg no HC 331.384/SC). O réu não se desincumbiu do seu ônus probatório. 5. Inviável a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Tratando-se de agente que ostenta mais de uma sentença configuradora de reincidência, a compensação deve ser parcial. (STJ. HC 471.436/PE). 6. Inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista a reincidência dos apelantes, além das circunstâncias judiciais valoradas negativamente em face do apelante Danilo. 7. A aferição da hipossuficiência econômica do réu e a eventual isenção das custas processuais é matéria que deve ser analisada pelo Juízo das Execuções Criminais (STJ. AgRg. no AREsp nº 1.506.466/RS. AgRg no AREsp 1192968/SP). 8. Recursos desprovidos. (TJSP; Apelação Criminal 1500235-06.2023.8.26.0415; Relator (a): Toloza Neto; Órgão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Palmital - 2ª Vara;
Data do Julgamento: 03/04/2024; Data de Registro: 03/04/2024)

No caso em tela, ao contrário do que sustenta a Defesa, restou evidenciado que Diego Baltazar Ribeiro tinha pleno conhecimento da origem espúria do bem, notadamente porque não trouxe um mínimo de veracidade para a sua versão. Ele sequer foi capaz de identificar precisamente as pessoas de “Luís” ou “Wendel”, tampouco de arrolá-los para depor em juízo, além de não ter apresentado qualquer documento relativo à suposta transação.

Com efeito, urge concluir que o conteúdo do interrogatório traduz tentativa pueril de esquivar-se da responsabilização penal. A falta de verossimilhança da versão trazida pelo acusado, além de implicar má justificação de sua conduta, constitui fortíssimo indício de culpabilidade.

Nesta esteira, importante o ensinamento trazido pelo Exmo. Des. José Raul Gavião de Almeida:

“(…) A certeza de que os réus mentiram, seu descomprometimento para com a verdade fortalece a tese acusatória. No sentido de poder-se valorar contra o réu o teor inverossímil do interrogatório há acórdão desta Câmara: 'A regra insculpida no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, (...) assegura ao acusado o direito ao silêncio, que tem dupla faceta. Garante que o interrogando não seja forçado a pronunciar-se afastando definitivamente a prática da obtenção de informação contra a vontade de quem responde criminalmente em persecução penal e obsta a valoração prejudicial ao réu do exercício desse direito de calar-se. Houvesse a possibilidade de extrair prejuízo à defesa pela escolha do permanecer silente no interrogatório, essa preferência não caracterizaria um

direito, mas teria a natureza jurídica de mera faculdade. Uma vez optado por apresentar versão sobre os fatos, todavia, o interrogatório passa a integrar o conjunto probatório e, consequentemente, fica sujeito a valoração, seja benéfica ou maléfica aos interesses da defesa. Em outras palavras, a regra constitucional do respeito ao silêncio deixa de ter relevância com o efetivo exercício da autodefesa, do direito de ser ouvido pelo juiz sem interposta pessoa. A preferência do acusado pelo pronunciamento em interrogatório acarreta a obrigação do magistrado de ouvi-lo e de valorar a versão que apresentar, beneficiando-o ou prejudicando-o, na medida em que a palavra do acusado, como as demais colhidas em juízo, não está imune ao princípio da persuasão racional. Assim, se o réu optar por falar, no interrogatório, deverá medir suas palavras, porque elas poderão ser utilizadas também em seu desfavor. É o que ocorre na hipótese do acusado apresentar versão contrária a convincente conjunto probatório. Identificado que faltou com a verdade, esse comportamento e o teor da inverdade podem ser considerados pelo julgador, pois não existe direito à mentira, como não há a correspondente obrigação de ignorar a inverdade' (Apelação n.º 888.293.3/3-00) (...)” (TJSP; Apelação Criminal 0001141-29.2010.8.26.0091; Relator José Raul Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 1ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/04/2014; Data de Registro: 14/04/2014).

Por certo, cabia à Defesa implantar certo estado de dúvida, capaz de autorizar o decreto absolutório. Tal empreitada, no entanto, não foi bem-sucedida, já que o réu veiculou informações inverossímeis e sem qualquer lastro probatório.

A propósito, anoto não olvidar que, como desdobramento do princípio da presunção de inocência, é dever da acusação comprovar as imputações da denúncia. Contudo, tratando-se de prova acusatória firme e conclusiva, cabia à Defesa desconstituir o quadro probatório em desfavor do acusado, o que não se verifica no caso vertente.

Em suma, o conjunto probatório não admite que se afirme que o réu desconhecia a origem criminosa do objeto, ao contrário, gera a certeza que tinha conhecimento da proveniência espúria.

Passo à dosimetria da pena.

Verifica-se que a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, reconheceu-se, com acerto, a agravante relativa à reincidência (*efetivamente caracterizada e não afastada pela concessão de indulto, conforme fundamentação alhures*), sendo a pena acrescida de 1/6 (um sexto), alcançando 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo unitário.

Não há se falar em incidência da atenuante do art. 65, III, “d”, do CP, vez que o réu não confessou a prática delitiva, haja vista a descrição da prova oral supramencionada.

Na terceira fase, não incidiram quaisquer causas de aumento ou diminuição, já que, de fato, não se mostram presentes.

Fixou-se regime inicial semiaberto, em razão da quantidade de pena imposta e a reincidência constatada.

Com efeito, estabelece o art. 59, III, do CP, que o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve atender à

necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, observando-se o princípio da individualização da pena. Ademais, de acordo com o regramento do art. 33, §2º, “c”, do mesmo Código, somente “*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto*”.

Logo, tratando-se de acusado reincidente, conclui-se inviável o início de cumprimento da pena em regime aberto, tal como determinado em primeiro grau de jurisdição. Em consonância a tal exegese, a Súmula 269 do STJ estabelece que “*É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*”.

Foram negados os benefícios estipulados nos arts. 44 e 77 do CP, por se tratar de reincidente em crime doloso.

Ocorre que a reincidência, por si só, não é óbice à substituição da pena privativa de liberdade, conforme estabelecido no art. 44, §3º, do CP. Tal dispositivo determina que, na hipótese de acusado reincidente, a substituição é cabível “*desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime*”.

E, conforme entendimento firmado pelo STJ, o art. 44, §3º, do CP, é aplicável inclusive aos reincidentes em crime doloso. Confira-

se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A agravante em suas razões recursais demonstrou que impugnou de maneira correta o fundamento da decisão que não conheceu do agravo em recurso especial. Ademais, a violação do artigo 44, §3º, do Código Penal se mostra clara no acórdão impugnado e está em desacordo com o entendimento desta Corte.

2. A Terceira Seção desse colendo STJ no julgamento do AREsp 1.716.664, estabeleceu que a vedação à analogia em prejuízo do réu recomenda que não seja ampliado o conceito de "mesmo crime" e que há uma distinção de significado entre 'mesmo crime' e 'crimes de mesma espécie'.

3. No caso dos autos, a agravante é reincidente em outros crimes (receptação) de acordo com sua folha de antecedentes às fls. 39-46, ou seja, crime sem violência ou grave ameaça a pessoa que não impede a substituição da pena.

4. Agravo regimental provido para conceder a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

(AgRg no AREsp n. 2.441.102/DF, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

2. É permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da reformatio in pejus, desde que se valha de elementos

contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Logo, o Tribunal estadual, ao exercer sua soberania para dizer o direito, pode, em recurso exclusivo da defesa, inclusive manter a pena aplicada ao réu com base em elementos diversos do que os valorados pelo juiz sentenciante, desde que seja respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação. Precedentes (AgRg no HC n. 774.345/MS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 15/12/2022 - grifo nosso)" (AgRg no REsp n. 1.989.948/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023).

3. No caso, o Tribunal de origem afastou a substituição da pena reclusiva aplicada, em razão da prática do crime de furto qualificado enquanto o agravante estava em gozo do livramento condicional, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte.

4. Nos termos do disposto no art. 44, II, do Código Penal, não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos para o réu reincidente em crime doloso, salvo se, em face de condenação anterior, a medida for considerada socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (§ 3º).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 847.655/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 1/3/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA INFERIOR 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao regime prisional, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, sendo inidônea a mera menção à gravidade abstrata do delito. Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

2. Com efeito, embora o paciente tenha sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência inviabiliza o estabelecimento do regime inicial aberto, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.
3. Em relação ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o art. 44, I, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo".
4. **No caso dos autos, verifico que o paciente é reincidente. Sabe-se que a substituição de pena é admitida também ao reincidente, tanto que o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a concessão da benesse, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.**
5. Contudo, no caso dos autos, mesmo não se tratando de reincidência específica, as instâncias ordinárias não substituíram a pena por não considerar tal medida socialmente recomendada, porquanto o paciente já teve a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em outra condenação, contudo, não cumpriu devidamente as restritivas de direito, ensejando a reconversão da pena.
6. Ademais, alterar a conclusão do Tribunal local demandaria incursão no acervo fático-probatório dos autos, medida inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.
7. Agravo não provido.
(AgRg no HC n. 887.064/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024.)

No caso em apreço, além de não se tratar de reincidência específica, a r. sentença não apontou quaisquer razões, além da própria reincidência, pelas quais o julgador reputou que a medida não seria socialmente recomendada. O crime anterior, vale anotar, não foi cometido com violência ou grave ameaça e não é equiparado a hediondo.

Destarte, em razão da falta de fundamentação idônea (cuja

consignação descabe no atual julgamento, por obediência ao princípio da *non reformatio in pejus*), **substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo prazo fixado à pena e prestação pecuniária de um salário-mínimo a entidade pública ou privada com destinação social.**

Ante o exposto, conclui-se imperiosa a reforma parcial da r. sentença, tão somente para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Consigne-se o prequestionamento da matéria, haja vista a desnecessidade de menção expressa dos dispositivos legais para tanto. Nesse sentido, o art. 1.025 do CPC – subsidiariamente aplicável ao Processo Penal, conforme diretriz do art. 3º do CPP¹ – expressamente dispõe que “*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*”.

Isso posto, **conheço e dou parcial provimento ao recurso**, para condenar Diego Baltazar Ribeiro ao cumprimento de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade a entidades públicas ou privadas, pelo mesmo prazo, e prestação pecuniária de um salário mínimo a

¹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

entidade pública ou privada com destinação social, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo unitário, tendo-o como incurso no art. 180, *caput*, do Código Penal.

MARCIA MONASSI
Relatora