



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000356220

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500266-49.2023.8.26.0666, da Comarca de Artur Nogueira, em que é apelante THOMAZ RAPP CASSIANI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram parcial provimento para: a) absolver o apelante da prática do delito tipificado pelo art. 16 da Lei 10.826/2003, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, b) de ofício, afastar a agravante da reincidência; c) readequar a pena imposta ao réu para 01 ano, 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo como incurso no artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal. Substituíram a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução.

Sustentou oralmente o Exmo. Advogado dr. Fernando Martins Figueiredo; fez uso da palavra a Exma. Procuradora de Justiça Dra. Carla Maria Altavista Mapelli.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

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

São Paulo, 8 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9658

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1500266-49.2023.8.26.0666

Apelante: Thomaz Rapp Cassiani

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Artur Nogueira

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU ATIPICIDADE DA CONDUTA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. MODULAÇÃO DA SANÇÃO PENAL.

1. CASO EM EXAME. Apelação interposta pela defesa do réu Thomaz Rapp Cassiani contra a r. sentença que o condenou à pena de 05 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 25 dias-multa, como incurso no artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal e art. 16 da Lei 10.826/2003 em concurso material. Pleito objetivando a absolvição em razão da atipicidade da conduta ou insuficiência probatória. Pleitos subsidiários: reconhecimento do concurso formal entre os delitos e imposição de regime inicial menos gravoso.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO. Apelante que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, no exercício da profissão de armeiro, apropriou-se indevidamente da pistola marca Imbel pertencente à vítima, cuja posse detinha em razão da profissão. Nas mesmas circunstâncias fático-

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

temporais recebeu e ocultou a arma de fogo supramencionada sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Do crime de apropriação indébita. Condenação adequada. Prova da materialidade e de autoria. Declarações da vítima e das testemunhas confirmando que o armamento foi entregue na loja do acusado para a gravação de um emblema no cabo da arma. Ofendido que adquiriu a arma em 2019 e nunca deteve a posse do bem. Réu que apresentou versões contraditórias e inverossímeis quando ouvido em ambas as fases da persecução penal. Negativa do acusado que restou isolada quando confrontada com os demais elementos produzidos nos autos.

3.2. Elemento subjetivo comprovado. Subversão da relação de precariedade estabelecida com o armamento recebido por força de sua profissão, passando a agir como se fosse o legítimo proprietário. Causa de aumento prevista pelo art. 168, §1º, inciso III, do Código Penal comprovada. Recebimento da arma na condição de armeiro, para a realização de um serviço consistente na colocação de um emblema no cabo do armamento.

4. Do crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/03. Hipótese de conflito aparente de normas que se soluciona com a afirmação da absorção pelo crime antecedente (apropriação indébita). Posse ilegal de arma de fogo que não configura conduta autônoma, mas exaurimento da apropriação indébita. Incidência do princípio da consunção. Absolvição que assegura a garantia do ne bis in idem.

5. Dosimetria. 5.1. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que permitem a fixação da pena base no mínimo legal. 5.2. Afastamento da agravante da reincidência. 5.3. Exasperação em 1/3 pelo reconhecimento da majorante. 5.4. Fixação do regime inicial aberto. 5.5. Cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Substituição por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana.

6. DISPOSITIVO.

Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido. Modulação de ofício dos critérios de dosimetria penal.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: Código Penal, art. 168, §1º, inciso III; art. 44. Lei 10.826/2003, art. 16. Código de Processo Penal, art. 386, inciso III.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

STJ, AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 09.03.2017. TJSP, Apelação Criminal.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **defesa** em favor de **THOMAZ RAPP CASSIANI**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Andre Acayaba de Rezende, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Artur Nogueira**, que, julgando procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenou o réu à pena de 05 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 25 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime previsto pelo artigo 168, parágrafo 1º, inciso III do Código Penal e 16 da Lei 10.826/2003, na forma do artigo 69 do Código Penal.

A defesa pugna pela absolvição do acusado por insuficiência probatória ou, ainda, pela atipicidade da conduta. Postula, ademais, pelo reconhecimento do concurso formal entre os delitos imputados ao réu. Por fim, requer, o abrandamento do regime inicial para o cumprimento da sanção penal imposta (fls. 219/232).

Contrarrazoado o recurso (fls. 235/239), a d. Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 252/258).

Eis, em síntese, 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 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 recurso de apelação interposto

2.1. Breve síntese dos fatos

O acusado foi denunciado e processado, como incurso nos art.168, parágrafo 1º, inciso III do Código Penal e art.16 da Lei 10.826/2003, em concurso material, porque, em 29 de janeiro de 2019, durante o dia, na rua Rota dos Imigrantes, nº 2161, em sala alugada na loja Top Guns, na cidade de Holambra e comarca de Artur Nogueira, em razão de ofício ou profissão, apropriou-se de coisa alheia móvel de que tinham a posse, consistente em uma arma de fogo tipo Pistola marca Imbel, pertencente à vítima. Segundo narrado, ainda, pela inicial acusatória, desde 29 de janeiro de 2019, durante o dia, até a data do oferecimento da denúncia o acusado recebeu e oculta arma de fogo consistente em Pistola marca Imbel sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme apurado, o réu atendia em um espaço locado na loja Top Guns, realizando o ofício de armeiro. Fabiano, o antigo proprietário da arma supramencionada a entregou ao réu, para que este gravasse um emblema no armamento. Contudo, Fabiano foi preso e o ofendido, seu tio, adquiriu a arma, tendo finalizado a transferência em 03 de julho de 2019. A vítima tentou reaver a pistola, todavia o acusado lhe disse que não estava na posse do objeto, sob argumento de que já a havia devolvido.

A persecução penal foi instaurada por portaria da autoridade policial (fls. 05). Finda a instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

2.2 – Da prova oral

Em juízo, a vítima, Blaine Lopes de Lima Paiva, confirmou os relatos ofertados em sede preliminar. Relatou que em 2019 comprou, de seu sobrinho

Fabiano, uma pistola da marca Imbel. Afirmou que seu sobrinho havia deixado o armamento no clube Top Guns para o réu fizesse uma limpeza e inscrevesse um emblema no cabo do armamento. Disse que tentava restituir a arma desde 2019. Asseverou que o réu apresentava desculpas para não lhe entregar a arma. Relatou que regularizou a documentação do armamento em julho de 2019. Informou ao acusado que tinha guia de trânsito da arma e que a apresentaria quando ele lhe entregasse a pistola. Contatou a testemunha Heber, que, todavia, não conseguiu ajudá-lo a recuperar a arma. Informou às autoridades competentes acerca do sumiço do armamento, porquanto a pistola estava em seu nome, contudo não sabia o seu paradeiro. Não conhecia o réu. Por fim, acrescentou que embora tenha adquirido o armamento em 2019, nunca deteve a posse do bem.

Sob o crivo do contraditório, a testemunha Heber Vieira Brunhani, proprietário da empresa 9 Milímetros Comercio de Arma e Munição, também conhecida por Top Guns, manteve os relatos ofertados em solo policial. Afirmou que a vítima o contatou a procura do réu. Forneceu ao ofendido o único contato que tinha do acusado. Por fim, disse que outras pessoas também o procuraram para saber o paradeiro do réu.

Em juízo, a testemunha Fabiano Henrique de Lima Jacinto, confirmou os relatos prestados quando da colheita dos elementos informativos. Disse que a vítima era seu tio. Afirmou que em janeiro de 2019 levou a arma IMBEL.40 à loja do acusado, para que fosse inscrito o logotipo de sua empresa de segurança no cabo da pistola. Segundo asseverou, o réu lhe disse, à época, que o serviço ficaria pronto em cerca de vinte dias. Contudo naquele mês foi preso preventivamente e não conseguiu buscar o armamento da loja do acusado. Em razão de sua detenção, notificou a delegacia de Sorocaba acerca do seu acervo de armas. Deram-lhe dez dias para transferir as armas que estavam em seu nome para o de outras pessoas. Vendeu a pistola IMBEL.40 à vítima. Conforme aduziu, o ofendido tentou por diversas vezes restituir a pistola, sem êxito, contudo. Afirmou que, mesmo com a apresentação da documentação necessária, o acusado não restituiu a arma à vítima.

Em sede preliminar, o réu disse que sua loja - Armearia Rapp-funcionava em uma sala alugada na empresa Top Gun. Relatou que encerrou as atividades da empresa em março de 2020. Asseverou que devolveu todas as armas que estavam em sua loja aos seus efetivos proprietários. Afirmou que a vítima o procurou em outubro de 2022, pedindo-lhe a restituição da pistola IMBEL.40. Disse que solicitou ao ofendido o envio da documentação da arma para que pudesse localizá-la e entregá-la, contudo, a vítima não lhe enviou a documentação. Negou não tivesse respondido às mensagens enviadas pela vítima. Asseverou que Fabiano era seu cliente, todavia nunca ficou com arma alguma dele em depósito.

Interrogado em juízo negou a prática delitiva. Afirmou que não conhecia o ofendido. Disse que apenas trocou mensagens com a vítima através do aplicativo *WhatsApp*. Quando encerrou as atividades de sua empresa enviou uma mensagem pedindo que o ofendido fosse retirar o armamento. Passados sessenta dias do último contato que mantivera com a vítima, uma pessoa o procurou, apresentando a guia de tráfego da pistola e documentos que demonstravam que a arma ainda estava em nome de Fabiano. Aduziu que entregou a arma a esse indivíduo. Asseverou que, dois anos depois, passou a receber mensagens do ofendido solicitando a entrega do armamento, contudo as ignorou, porquanto não era mais armeiro. Posteriormente, foi surpreendido com a intimação para prestar esclarecimentos em solo policial. Disse que a vítima nunca lhe apresentou qualquer documento que demonstrasse que a arma estava em seu nome. Aduziu que arma ficou consigo até abril de 2020.

2.3. Da valoração da prova

A materialidade foi demonstrada pelo boletim de ocorrência lavrado pelo ofendido (fls. 06/07), pelos documentos juntados na fase preliminar (fls. 10/20 e 22/27), assim como pela prova oral coligida.

A autoria é certa e foi comprovada pela prova oral.

Pelo que se depreende da prova colhida, as declarações da vítima são

marcadas pela uniformidade de narrativas. Narrou que seu sobrinho havia deixado uma arma na loja do acusado, para a marcação de um símbolo no cabo. Ato contínuo, seu sobrinho foi preso e precisou se desfazer de seu arsenal. Nesse cenário, adquiriu a pistola IMBEL.40. Tentou reaver o armamento, contudo o réu sempre lhe apresentava desculpas e evasivas. Segundo os relatos da vítima, comprou a pistola em 2019, mesmo ano em que a regularizou em seu nome, todavia nunca deteve a posse do referido bem móvel. Não há, nesse cenário, motivos para desconsiderar a narrativa da vítima. Tampouco há indícios de que estivesse imbuída de outros motivos quando do registro da ocorrência.

Com efeito, as versões fornecidas pelo ofendido são bem detalhadas e coerentes. Não há contradições ou outros elementos que afastem a idoneidade das declarações. Guardam, ademais, similitude com aquelas fornecidas em sede preliminar de investigação. Nesse sentido, aliás, alinha-se a jurisprudência, inclusive dessa Colenda 16^a Câmara de Direito Criminal:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 2. Cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios, quais sejam o reconhecimento feito pela vítima na Delegacia e os depoimentos das testemunhas colhidos em Juízo (...).

(STJ - AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017).

APELAÇÃO. Apropriação indébita majorada. Recurso defensivo. Absolvição por insuficiência probatória ou ausência de dolo. Impossibilidade. Advogado que, na condição de procurador do cliente, levantou quantia oriunda de ação trabalhista e se apropriou dos valores, repassando parte a terceiro sem autorização do ofendido. Crime que se consuma com a inversão da posse da res.

Materialidade e autoria comprovadas por ampla prova documental, incluindo termo de levantamento e documentação bancária, corroborada por relatos da vítima e de testemunhas, que indicam a ausência de autorização para o repasse dos valores. Tese defensiva de ausência de dolo afastada, porquanto o acusado, advogado experiente, agiu com má-fé ao dispor dos valores como se fossem seus, violando suas obrigações profissionais. Condenação mantida. Dosimetria. Pena-base devidamente exasperada. Consequências do crime graves, ultrapassando os limites da normalidade, com impacto emocional e financeiro significativo à vítima, pessoa idosa, que dependia do montante para sua segurança financeira. Redução da reprimenda na segunda etapa da dosimetria diante da compensação entre a agravante da idade da vítima e a atenuante da idade do réu. Manutenção do regime inicial aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, com diminuição da pena de prestação pecuniária. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 0076950-07.2017.8.26.0050; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 15ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/02/2025; Data de Registro: 19/02/2025)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RECURSO NÃO PROVIDO. I. Caso em Exame Recurso de apelação interposto pela defesa de Alan Pierre de Oliveira contra sentença que o condenou por apropriação indébita, conforme artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal. A Defesa pleiteia a absolvição por insuficiência probatória, a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. II. Questão em Discussão **2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a suficiência probatória para a condenação por apropriação indébita e (ii) a possibilidade de alteração do regime de cumprimento da pena e substituição por penas restritivas de direitos.** III. Razões de Decidir **3. A palavra da vítima e as provas documentais e testemunhais foram consideradas suficientes para a condenação, não havendo indícios de interesse em incriminar falsamente o réu.** 4. O regime semiaberto é adequado devido à reincidência do réu, e a substituição da pena por restritiva de direitos é inviável por óbice legal. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso Defensivo não provido. Tese de julgamento: 1. A palavra da vítima em crimes patrimoniais, corroborada por provas, é suficiente para a condenação. 2. A reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Legislação Citada: Código Penal, art. 168, §1º, inciso III; art. 44, inciso II. Código de Processo Penal, art. 387, §2º. Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação Criminal nº 0002259-56.2016.8.26.0244, Rel. Des. Silmar Fernandes, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. 14.04.2021. TJSP, Apelação Criminal nº 150135-59.2020.8.26.023, Rel. Des. César Augusto Andrade de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Castro, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. 30.04.2021.
(TJSP; Apelação Criminal 1504353-53.2023.8.26.0050; Relator
(a): Fátima Gomes; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal;
Foro Central Criminal Barra Funda - 23ª Vara Criminal; Data do
Julgamento: 12/02/2025; Data de Registro: 12/02/2025)

De qualquer modo, as declarações da vítima não se encontram ilhadas no contexto probatório. Com efeito, Fabiano, sobrinho do ofendido, confirmou que havia entregado o armamento ao acusado para que fosse inscrito um emblema no cabo da pistola. Antes de retirá-la da loja do réu, acabou preso, motivo pelo qual, necessitou se desfazer de seu arsenal de armas. Vendeu a referida pistola à vítima. Soube que o ofendido tentou por diversas vezes que o acusado lhe restituísse a pistola, sem êxito, contudo.

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Helder, proprietário de loja de armamentos localizada no mesmo prédio do estabelecimento comercial do réu. Confirmou que o ofendido lhe procurou, com fins a obter o contato do acusado, pois pretendia a restituição de uma pistola.

Por outro lado, a versão do réu não se sustenta, porquanto marcada pela contradição. Em solo policial asseverou que não devolveu o armamento porque a vítima não lhe enviou a documentação necessária. De outra banda, em juízo, afirmou que entregou a pistola a um indivíduo que lhe apresentou a guia de tráfego e um documento em nome do sobrinho do ofendido. Nesse cenário, além de contraditória, a versão do acusado não soa verossímil, porquanto foi desmentida pelos relatos prestados pela vítima e testemunhas, as quais, repita-se, prestaram depoimentos coesos e harmônicos em todas as oportunidades em que foram ouvidas. A alegação de que não se apropriou do armamento da vítima, não veio acompanhado de qualquer elemento de convicção que sustentasse, minimamente, aquela narrativa. A bem da verdade, a narrativa do réu não resiste quando confrontada com as demais provas produzidas durante a persecução penal.

Em suma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, bem como estão em

consonância com os elementos de informação colhidos durante a fase policial, de modo que suficientes para fundamentar o édito condenatório.

A condenação era medida irremediável.

3. Da qualificação jurídico-penal dos fatos

3.1. Da consunção. Necessário reconhecimento da unidade entre as condutas delituosas imputadas ao apelante

A tese acusatória desdobra a ação delituosa em dois momentos distintos. No seu entender, o acusado apropriou-se de coisa alheia móvel de que tinha posse em razão do ofício e, também recebeu e oculta arma de fogo, consistente em uma Pistola marca Imbel, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Contudo, muito embora configurado o delito art. 16 da Lei 10.826/2003, tal fato confunde-se com o próprio delito de apropriação indébita. Trata-se de evidente hipótese de conflito aparente de normas.

Com efeito, a questão posta, na hipótese dos autos, desenha um quadro em que se verifica que, ao apropriar-se indevidamente do armamento, o réu ocultou a pistola consigo, sem que detivesse a documentação necessária a conferir licitude à posse do armamento, infringindo, desta forma, o quanto disposto no art. 16 da Lei 10.826/2003. Tais circunstâncias apontam para um contexto fático único, o qual ensejaria o conflito aparente de infrações penais. O denominado conflito aparente de normas sugere a incidência de diferentes tipos penais ao que se mostra ser um único fato naturalístico. É, fundamentalmente, um problema de adequação penal típica, o qual é solucionado pela aplicação de princípios exegéticos. A problemática é esclarecida por Jiménez de Asúa:

Ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, formado por distintas disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se

hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo una disposición consiente o excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, respecto a la misma situación de hecho. A esto se llama conflicto aparente de disposiciones penales...¹

Eis, destarte, a fundamental diferença que reside entre o conflito aparente e o concurso real de crimes. Ali, a incidência múltipla da norma penal não é verdadeira. Na última, a incidência é efetiva. Nesse ponto, esclarece Eduardo Correa:

Para que se possa considerar existente o chamado concurso ideal (...) é necessário que a pluralidade de tipos legais de crimes preenchidos por uma só conduta seja realmente efetiva. Pode suceder que vários preceitos pareçam aplicáveis a uma só conduta e, no entanto, vistas melhor as coisas, venha a verificar-se que um só deles é no fim de contras eficaz, por isso que entre as plúrimas disposições aparentemente aplicáveis existem relações de hierarquia tais que a eficiência de uma exclui a simultânea aplicação de outra ou outras.²

Os sistemas legais, como se sabe, não possuem regras expressas de solução de tais conflitos, de modo que a questão passa pelo reconhecimento de critérios doutrinários fundados na lógica e na racionalidade. Em última instância, a identificação da norma prevalente é medida que resguarda a garantia do *ne bis in idem*.

Ainda que paire certa discussão acerca da identificação das regras solucionadoras do conflito, há relativo consenso em se apontar três critérios, quais

¹ Tratado de derecho penal. tomo II. buenos Aires: Losada, p. 463

² A teoria do concurso em direito criminal. Coimbra: Almedina, 1996, p. 19.

sejam: especialidade, subsidiariedade e consunção³. Pela especialidade, a descrição penal típica detalhada (aquela que contém os elementos da norma geral, acrescidos de outros), acaba por prevalecer. Na subsidiariedade, as normas penais tutelam o mesmo bem jurídico, prevalecendo aquela de maior gravidade. Por fim, na chamada consunção, os fatos se apresentam em uma relação de absorção, prevalecendo aquela que representar uma fase mais avançada da realização do ilícito.

No ponto específico da consunção, há relativa divergência de tratamento doutrinário. De fato, muito embora alguns autores incluam naquela hipótese as situações de ante fato e de pós fato impuníveis, há outros que destacam a autonomia daquelas problemáticas, ainda que, em última instância, apliquem a regra da absorção. É o que observa Cezar Roberto Bitencourt para quem haveria, nestas hipóteses, pluralidade de fatos que exigiriam critérios valorativos de solução. Nesse sentido, pontua o autor:

Com efeito, apesar da possibilidade de configurar uma pluralidade de ações, em sentido naturalista, que ofendam o mesmo bem jurídico e, normalmente, sejam orientadas pelo mesmo motivo que levou à prática do ato principal; apesar de, a princípio, ser possível a punição autônoma, pois legalmente previstos como figuras típicas, não passam, in concreto, de simples preliminares (fatos anteriores) ou meros complementos (fatos posteriores) do fato principal.⁴

De qualquer modo, a identificação de um concurso fictício de leis penais e a elaboração de fórmulas para o seu enfrentamento são um claro aceno em favor da cultura liberal clássica do direito penal e que é pautada pelo combate aos

³ ÁSUA, Luis Jiménez de. Tratado..., op. cit., p. 462-504; JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. 5. ed., Granada: Comares, 2002, p. 788-794; TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 50-54; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo IV: Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 557-568.

⁴ Tratado de direito penal. Parte geral. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

exageros punitivos. Não se trata de um conflito puramente abstrato.

A bem da verdade, os diferentes critérios ganham efetividade à medida que são postos à prova nas mais diversas situações. Nesse caminho não há automatismos. Ou seja, a possibilidade de incidência de vários tipos penais não implica, automaticamente, a subsunção do fato ao regime do concurso real de infrações. Aliás, tomando-se o paradigma da cultura liberal clássica, caberia ao operador enfrentar, primeiramente, a hipótese do concurso fictício. Somente após o seu descarte é que seria possível lançar o olhar para o concurso real.

No caso posto a julgamento, pelo que se infere da dinâmica delitiva, o réu, em razão de seu ofício, recebeu a pistola pertencente à vítima para que procedesse a inscrição de um emblema no cabo da arma. Contudo, de forma intencional não a devolveu ao ofendido. Ocorre que, ao se apropriar indevidamente do armamento da vítima, acabou por incorrer também no delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/03, porquanto não detinha documentação alguma que permitisse a posse regular daquele armamento. Não se vislumbra, portanto, a existência de dois fatos penais típicos. Ou seja, o contexto fático não permite uma cisão entre a apropriação indébita e o delito previsto no art. 16 da Lei 10826/03, pois os fatos se deram dentro do mesmo contexto, sendo certo que, ao permanecer na posse precária do bem móvel, que recebeu em razão de seu ofício, ocultou-a, acabou por incorrer, também, no crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Assim, reconhecida a unidade delituosa, passo a analisar qual o tipo penal deve prevalecer.

Na hipótese dos autos, as provas apontam para a prática do crime de apropriação indébita. O acusado tinha por objetivo apropriar-se indevidamente do armamento da vítima, para a obtenção de proveito patrimonial. É dos autos, que o ofendido, por diversas vezes tentou a restituição da pistola IMBEL.40, contudo o réu, de forma reiterada, apresentou desculpas e evasivas, com a fins a permanecer na posse da arma. Contudo, assim procedendo, o réu manteve o armamento consigo em desacordo com determinação legal, porque não detinha documentação alguma que permitisse a posse regular daquele armamento. Nesse cenário, a posse ilegal de arma de fogo não configura conduta autônoma, mas exaurimento da apropriação

indébita.

3.2. Do crime de apropriação indébita

Correta a tipificação dada em sentença. O acusado recebeu, em caráter precário, a posse de armamento bélico, em razão de seu ofício, para que inscrevesse um emblema no cabo da pistola. Contudo, o acusado não restituiu o bem ao seu proprietário.

Presente, ademais, o elemento subjetivo dado pelo dolo. Como é sabido, o crime de apropriação indébita supõe uma inversão de posse e de domínio. Embora o agente receba de forma legítima a coisa, não a restitui, atuando, para tanto, com vontade livre e consciente de assim proceder, trazendo prejuízos à vítima. No que tange ao dolo do agente, esse é aferível em momento sucessível ao recebimento da coisa, quando o agente não dá a destinação que lhe é devida. Nesse sentido:

Apropriar-se é fazer sua a coisa alheia. Também no furto, no roubo e no estelionato há apropriação, mas, no crime de que se trata, ao invés de contemporânea, a apropriação sucede à posse ou detenção da coisa (obtida sem clandestinidade, violência ou fraude). Diversamente desses crimes, na apropriação indébita, como já acentuamos, não há, de início, animus delinquendi: o agente recebe a coisa por vontade válida de quem de direito, entrando a possuí-la ou detê-la licitamente, a título precário ou temporário; mas, num momento sucessivo, vem a mudar, arbitrariamente, o título da posse ou detenção, passando a dispor da coisa ut dominus. Cessa de possuir alieno nomine e faz entrar a coisa no seu patrimônio, ou dispõe dela como se fora o dono, isto é, com o propósito de não restituí-la, ou de não lhe dar o destino a que estava obrigado, ou sabendo que não mais poderia fazê-lo.⁵

Na hipótese dos autos, os fatos apontam para a configuração do elemento subjetivo do tipo penal. O réu agiu com livre e manifesta vontade de se apropriar da arma da vítima que não lhe pertencia e somente tinha a posse porque o

⁵ Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 130-131.

armamento foi deixado em sua loja, para a gravação de um emblema no cano da arma. Contudo, apesar das tentativas da vítima em restituir o bem, o acusado não a devolveu ao seu legítimo proprietário. Agindo desta forma, o réu subverteu a relação de precariedade estabelecida com aquele objeto, agindo como se fosse o legítimo proprietário. Nesse cenário, resta inequívoco o dolo de apropriação, configurando o elemento subjetivo exigido pelo art. 168 do Código Penal.

A causa de aumento restou igualmente demonstrada. Como se sabe o legislador exige para a configuração uma relação de confiança fundada em um vínculo de fidelidade por força do exercício de ofício, emprego ou profissão. Nesse sentido, digno de nota é o magistério de Nelson Hungria⁶:

Finalmente, quanto à qualificativa do inc. III, sua razão está em que há também um especial dever de fidelidade por parte de quem recebe a coisa como exercente de um ofício, emprego ou profissão. Quando entrego uma coisa, por exemplo, a um mensageiro, a um artesão, a um empreiteiro, a um advogado ou a um meu empregado, para fim atinente aos seus misteres, está ele adstrito à confiança que necessariamente tem de inspirar como condição de sua própria atividade ou ocupação. Cumpre acentuar que, para existir a majoração, é imprescindível uma relação de causalidade entre o exercício do ofício, emprego ou profissão (como meio) e o crime (como fim).

No caso dos autos vale lembrar que o réu foi obtve a posse precária em razão de seu ofício, para gravar um emblema no cano do armamento. Nesse cenário, resta demonstrada a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso III do parágrafo 1º do art. 168 do Código Penal.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

4. Da dosimetria penal

Na primeira etapa, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, o

⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, volume VII. pp. 145.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

i. Magistrado fixou a pena base no seu mínimo legal, ou seja, 1 ano de reclusão e o pagamento de 10 dias-multa. A operação não comporta reparos.

Na segunda fase, reconheceu-se a agravante da reincidência, exasperando-se a reprimenda em 1/6. A operação comporta reparos.

Conforme se verifica da folha de antecedentes, o acusado possui condenação definitiva, proferida nos autos do processo-crime nº 0007123-59.2008.8.26.0296 (art. 16 da lei 10.826/03) da 1ª Vara da Comarca de Jaguariúna que teve o trânsito em julgado para a defesa em 18 de março de 2011 e para o Ministério Público em 09 de março de 2011. A punibilidade foi declarada extinta, pelo integral cumprimento da pena, em 07 de junho de 2016 (fls.156/157).

Destarte, considerando que já decorreu lapso superior a cinco anos entre a extinção da pena e os fatos aqui tratados, afasto a agravante da reincidência. Dessa forma, devolvo a pena ao mínimo legal, qual seja, 01 ano de reclusão e o pagamento de 10 dias-multa.

Na terceira fase, reconhecida a causa de aumento dada pelo art. 168, §1º, inciso III, do Código Penal, a pena será majorada em 1/3. Assim, obtém-se a pena de 1 ano e 4 meses de reclusão e o pagamento 13 dias-multa.

No que se refere à fixação do regime prisional, fixo o regime inicial aberto diante da quantidade de pena ao final imposta, nos termos do art. 33, §2º, alínea c, do Código Penal. Quanto ao valor do dia-multa, fixo-o no mínimo legal à mingua de informações a respeito de sua capacidade econômica.

Presentes, no mais, os requisitos dados pelo art. 44 do Código Penal. Além do aspecto objetivo, relativo à quantidade de pena privativa imposta e do fato de se tratar de delito praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Dessa forma, reconheço preenchidos os requisitos previstos pelo art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e à limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

aquele mesmo juízo.

A pena de multa foi fixada cumulativamente e, portanto, não é atingida pela substituição.

5. Do voto

Posto isso, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, dou parcial provimento para: a) absolver o apelante da prática do delito tipificado pelo art. 16 da Lei 10.826/2003, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, b) de ofício, afastar a agravante da reincidência; c) readequar a pena imposta ao réu para 01 ano, 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo como incurso no artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal. Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução.**

MARCOS ZILLI

Relator