



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362398

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503115-25.2021.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante RENAN ALVES DE ALBUQUERQUE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº: 1503115-25.2021.8.26.0161

Apelante: Renan Alves de Albuquerque

Apelado: Ministério Público

Origem: 2ª Vara Criminal do Foro de Diadema

Juiz(a) Prolator(a): Dra. Patrícia Helena Hehl Forjaz de Toledo

Data do fato: 02/12/2021

Voto nº 38336

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO DOLOSA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS. INIDONEIDADE DA VERSÃO DEFENSIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA QUANTO À ORIGEM ILÍCITA DO BEM. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO E DO REGIME SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta contra sentença que condenou o réu pela prática do crime de receptação dolosa (art. 180, caput, do Código Penal), impondo-lhe a pena de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 12 dias-multa. O réu sustenta ausência de provas para a condenação e, subsidiariamente, requer a desclassificação para receptação culposa, bem como a redução da pena-base.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há três questões em discussão: (i) definir se há provas suficientes para a condenação do réu pelo crime de receptação dolosa; (ii) estabelecer se a conduta se enquadra na modalidade culposa do crime de receptação; e (iii) analisar a adequação da pena imposta, especialmente quanto ao regime inicial de cumprimento.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A materialidade e a autoria do crime de receptação dolosa restam demonstradas pelos boletins de ocorrência, pelo auto de exibição e apreensão, pelo auto de entrega e pela prova oral colhida nos autos.

O depoimento dos policiais militares que flagraram o réu na posse dos bens subtraídos tem validade probatória, uma vez que foi prestado sob o crivo do contraditório e está em harmonia com as demais provas do processo, conforme jurisprudência consolidada do STJ e do STF.

A versão defensiva não se sustenta, pois o réu apresentou explicações contraditórias sobre a origem dos bens, ora alegando tê-los adquirido de usuários de drogas, ora de vendedores ambulantes, sem apresentar qualquer comprovação idônea da licitude da aquisição.

A apreensão de bens de origem ilícita em poder do réu gera presunção relativa contra ele, cabendo à defesa demonstrar sua posse de boa-fé, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso concreto.

A conduta do réu não configura a modalidade culposa do crime de receptação, pois há elementos suficientes para demonstrar que ele tinha ciência da origem ilícita dos bens ou, no mínimo, assumiu o risco de adquiri-los nessa condição, evidenciando o dolo na sua conduta.

A dosimetria da pena foi corretamente fundamentada, com fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes do réu, conforme entendimento do STJ quanto à possibilidade de considerar condenações anteriores com trânsito em julgado superveniente.

O regime inicial semiaberto é adequado, tendo em vista a reincidência do réu, o que impede a fixação do regime aberto, conforme entendimento consolidado do STJ na Súmula 269.

A reincidência também impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos da legislação penal vigente.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso desprovido.

Tese de julgamento:

O depoimento de policiais militares é meio de prova idôneo para embasar condenação penal quando colhido sob o contraditório e em harmonia com as demais provas dos autos.

A apreensão de bem de origem ilícita em poder do réu gera presunção relativa contra ele, cabendo à defesa demonstrar a posse de boa-fé, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

A receptação dolosa se caracteriza pela ciência da origem ilícita do bem ou pela assunção do risco quanto a essa condição, sendo insuficiente para a desclassificação do crime a alegação genérica de desconhecimento da procedência criminosa.

O regime inicial semiaberto é adequado para o réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos, conforme entendimento do STJ na Súmula 269.

A reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dispositivos relevantes citados: Código Penal, arts. 33, § 2º, "c", e 180, caput; Código de Processo Penal, art. 156.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o réu foi condenado como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento total de 12 dias-multa.

¹ Folhas 213.

O réu apelou² alegando falta de provas. Subsidiariamente pede a desclassificação do crime de receptação para a sua modalidade culposa e a redução da pena básica.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo não provimento ao apelo.

É o relatório.

O boletim de ocorrência⁵, o auto de exibição e apreensão⁶, o auto de entrega⁷ e a prova oral comprovam o pressuposto do crime de receptação, ser o bem produto de crime anterior.

A autoria é igualmente certa.

Os policiais militares Marcelo José de Lima e Paulo Correa Junior relataram que patrulhavam pelo centro de Diadema em busca de um suspeito de roubos na região quando avistaram Renan Alves de Albuquerque, cujas características coincidiam com a descrição do indivíduo procurado. Ele caminhava pela Rua Manoel da Nóbrega, na altura do número 735, e foi abordado. Durante a busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado mas, diante do seu nervosismo, foi questionado sobre sua presença no local e afirmou que fazia entregas no Shopping Praça da Moça. Em sua posse estava a chave de uma motocicleta, localizada a poucos metros adiante, em frente ao shopping. No compartimento de carga da moto, os policiais encontraram uma bolsa contendo seis bermudas com etiquetas da Loja Marisa. Indagado, Renan afirmou ter adquirido as peças por quarenta reais de um indivíduo desconhecido, embora as etiquetas indicassem um valor muito superior. Diante disso, os policiais acionaram outra viatura para ir até a Loja Marisa, situada na Avenida Presidente Kenedy, onde o

² Folhas 236.

³ Folhas 253.

⁴ Folhas 288.

⁵ Folhas 03.

⁶ Folhas 10.

⁷ Folhas 31.

funcionário Roberto analisou as imagens do sistema de segurança e confirmou que Renan havia saído do estabelecimento sem efetuar o pagamento, por volta das 10h50, vestindo as mesmas roupas da gravação. Os policiais verificaram que os funcionários da loja não haviam notado o furto até aquele momento, mas, ao revisarem as imagens, identificaram Renan retirando as peças, escondendo-as em uma mochila e deixando o local sem efetuar pagamento. As bermudas estavam com etiquetas e sem comprovante fiscal. Confrontado com as imagens, o réu acabou confessando o furto e declarou arrependimento.

A testemunha Tamires do Nascimento Oliveira Moraes, gerente de vendas da Loja Marisa, relatou que não estava presente no momento do ocorrido, mas foi ao distrito policial para retirar as seis bermudas apreendidas, todas com etiquetas da loja. Declarou não ter conhecimento sobre prejuízo patrimonial ou sobre as imagens das câmeras de segurança. Informou que as peças foram devolvidas e que não possuíam alarme antifurto. Mencionou que, além das bermudas, o réu também portava outros produtos, como tênis, possivelmente de outras lojas.

Destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é,

tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES⁸.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA⁹ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹⁰ que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”*.

Por tais motivos o depoimento de

⁸ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

⁹ Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

¹⁰ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016)¹¹.

No mesmo sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade,

¹¹ STJ - AgRg no AgRg no Ag em Resp Nº 1.598.105/SC – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. 05/03/2020.

enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”¹².

O réu declarou que comprou as bermudas de usuários de drogas na Praça da Moça por aproximadamente cem reais. Alegou que costuma frequentar a Loja Marisa, o que explicaria sua imagem nas câmeras de segurança. Em juízo, reiterou que trabalha como motoboy e que adquiriu as peças de vendedores ambulantes, que frequentemente oferecem mercadorias na região. Afirmou ter pago quarenta reais por cada bermuda, parte via Pix e parte em dinheiro, mas sua conta bancária no Santander estava bloqueada. Declarou não ter desconfiado da procedência das peças, pois costuma comprar roupas no Brás por preços similares.

A versão exculpatória ofertada pelo acusado não convence.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA¹³, neste sentido, afirma que “o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma

¹² STF - HC 87.662 / PE – Rel. Min. Carlos Britto – Primeira Turma – Julgado em 05/09/2006.

¹³ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”.

GUSTAVO BADARÓ¹⁴ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO¹⁵, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”* ¹⁶.

Assim não pode alegar a defesa que

¹⁴ Ônus da prova no processo penal – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹⁵ In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹⁶ Ob. Cit. – p. 455.

por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Registro que, em sede de crimes contra o patrimônio a apreensão do bem objeto do crime em mãos do réu, ou terceiro que afirma dele o haver recebido, é indício de autoria e inverte o ônus da prova, impondo à Defesa demonstrar posse de boa-fé. Nada sendo produzido, a presunção transforma-se em certeza de autoria, visto o ônus de produzir prova contrária ao que normalmente ocorre, conforme o artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

Neste sentido o entendimento jurisprudencial.

“HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OFENSA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não há falar em nulidade absoluta em razão de alegada ofensa ao disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, eis que, diante da apreensão da res furtiva em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem (grifo nosso).

3. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime em apreço para receptação culposa.

4. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa da conduta social do paciente. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade,

entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º444 desta Casa de Justiça. De rigor, o decote no incremento sancionatório.

5. *Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é adequado o estabelecimento do regime inicial mais brando, tendo em vista que a pena definitiva é inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais são favoráveis, bem como pelo fato de o paciente não ser reincidente.*

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, estabelecido o regime inicial aberto*¹⁷.

Registro que *“na receptação, sabe-se que o dolo, consistente na prévia ciência da origem ilícita do bem, é de difícil comprovação, porque estágio meramente subjetivo do comportamento, devendo ser apurado das demais circunstâncias que cercam o fato e da própria conduta do agente”*¹⁸.

Desse modo, para que a sanção se efetive e não dependa exclusivamente da confissão do acusado, a prévia consciência da origem criminosa da coisa é passível de ser deduzida através de indícios sérios e da própria conduta do receptador.

No mesmo sentido a doutrina, em que HUNGRIA¹⁹ atesta que: *“esses indícios relativos à origem criminosa da coisa decorrem de id quod plerumque accidit. A lei pressupõe que qualquer deles deve gerar a presunção de que a coisa procede de crime, pouco importando, em princípio, que o acusado não tenha legalmente presumido tal inocência”*.

Segundo PIERANGELI²⁰: *“Como a culpa se caracteriza por um dever de cuidado objetivo e subjetivo, na receptação culposa o adquirente descumpre tal dever, negligenciando, isto é, nas circunstâncias omite-se das cautelas devidas na verificação da origem da coisa que adquire ou recebe”*.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE²¹ afirma que *“basta para a caracterização do ilícito a comprovação de que o agente, em decorrência das circunstâncias de fato, tinha todas as condições para saber a procedência ilícita da ‘res’ adquirida, recebida etc.”*.

¹⁷ STJ HC 348374/SC – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 16/03/2016.

¹⁸ STJ AgRg no REsp 908826/RS – rel. Min. Jane Silva – j. 30/10/2008.

¹⁹ Comentários ao Código Penal – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais – 2003 – p. 319.

²⁰ Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial – 1ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais – 2005 – p. 621.

²¹ Código Penal Interpretado – 4ª ed. – São Paulo: Atlas – 2003 – p. 1462.

Ademais, pela regra do ônus de prova, a simples apreensão, a posse da *res* pelo agente firma a presunção *juris tantum* contra ele do conhecimento clandestino, obrigando-o a justificar devidamente a posse.

As imagens das gravações da subtração não foram juntadas aos autos e o funcionário da empresa responsável por analisá-las não foi ouvido em juízo. Diante dessa ausência de prova direta da subtração, corretamente foi afastada a possibilidade de condenação pelo crime de furto.

No entanto, o réu foi flagrado na posse dos produtos subtraídos e apresentou versões contraditórias sobre sua origem, ora alegando tê-los adquirido de usuários de drogas, ora afirmando que os comprou de um vendedor ambulante. Essas inconsistências indicam a tentativa de justificar a posse de bens de procedência duvidosa.

Entretanto, para a configuração do crime de receptação culposa, exige-se que o agente tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia ao adquirir, receber ou transportar coisa que sabe ser produto de crime, sem a intenção direta de favorecer a ocultação do delito. No caso concreto, o réu não apenas foi encontrado com os objetos de origem ilícita, mas também apresentou justificativas inconsistentes, o que revela dolo na conduta. A alegação de desconhecimento da ilicitude dos bens não se sustenta diante da disparidade entre o valor efetivo das mercadorias e o preço alegadamente pago, evidenciando que ele assumiu o risco de adquirir produtos provenientes de crime.

Dessa forma, afasta-se a hipótese de receptação culposa, pois os elementos dos autos demonstram que o réu não apenas deveria suspeitar da origem ilícita dos bens, mas efetivamente tinha ciência ou, no mínimo, assumiu o risco de que se tratava de produtos de crime. Assim, impõe-se a manutenção da condenação pela receptação dolosa.

Da dosimetria

A pena básica foi assentada corretamente em 1/6 acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, perfazendo 01 ano e 02 meses de reclusão e 11 dias-multa para cada crime.

O réu ostenta maus antecedentes, uma vez que possui condenação anterior pelo crime de furto, conforme consta nos autos (fl. 199), processada pela 2ª Vara Criminal da Barra Funda.

Embora o trânsito em julgado dessa condenação tenha ocorrido após a prática do presente delito, tal circunstância não impede sua consideração para fins de maus antecedentes. O entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é *“plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela e contemporânea à condenação, seja utilizada como circunstância judicial negativa”*²².

Esse posicionamento visa garantir que o histórico criminal do réu seja levado em conta na fixação da pena, refletindo sua maior reprovabilidade e a necessidade de uma resposta estatal mais severa para prevenir a reiteração delitiva.

Na segunda fase a pena foi acrescida de 1/6 por conta da reincidência, alcançando 01 anos, 04 meses e 10 dias de reclusão e 12 dias-multa.

Na terceira fase a pena restou inalterada.

Data maxima venia, a reincidência, por si só, já impõe o regime aplicado na r. sentença.

²² HC 459.108/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019

Como esclarece SOUZA NUCCI²³ o Código Penal e a doutrina majoritária entendiam que sendo o réu reincidente o único regime adequado seria o fechado, não importando o *quantum* de pena imposta. Porém tal entendimento acabou se alterando, inclusive com a edição da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, que permite a fixação do regime intermediário para réu reincidente a quem tenha sido imposta igual ou inferior a 4 anos. Assim, possível entender-se que o regime fechado, para penas iguais ou inferiores a 4 anos, mesmo sendo o réu reincidente, não se mostra automático.

Entretanto, o ponto a ser discutido é outro, ou seja, a necessidade ou não do regime intermediário ao réu reincidente.

O próprio texto da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça dá indícios de que, embora possível o regime intermediário para réu reincidente apenado com pena igual ou inferior a 4 anos, inviável o regime aberto. Aliás, este é o entendimento de FERNANDO GALVÃO²⁴, ao esclarecer que a alínea c do §2º do artigo 33 do Código Penal não impõe o regime fechado, apenas impede que seja estabelecido o regime aberto.

Neste sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

“Nos termos do art. 33, §2º, do Código Penal, não há que se falar em início da reprimenda no regime aberto quando o paciente é reincidente (Precedentes)”²⁵.

Por fim, a reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

²³ *Código Penal Comentado* – 12ª ed. – São Paulo: RT – 2012 – p.

²⁴ *Direito Penal: Parte geral* – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2013 – p. 672.

²⁵ STJ – HC 122756-DF – rel. Felix Fischer – 27.04.2009.