



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000369142

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1510067-26.2019.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante SANDRO ROGERIO SANTOS, 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: **Afastaram a preliminar arguida e negaram provimento ao recurso defensivo. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1510067-26.2019.8.26.0602

Apelante: Sandro Rogério Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba

MMª. Juíza de Direito: Margarete Pellizari

Voto n. 12.622

APELAÇÃO. ESTELIONATO. (1) PRELIMINAR DE DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FORMALIDADES PARA A REPRESENTAÇÃO DAS VÍTIMAS. (2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME COMETIDO MEDIANTE FRAUDE. (3) PALAVRA DA VÍTIMA. (4) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (5) DOSIMETRIA. PENA-BASE DO RÉU FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DOS SEUS MAUS ANTECEDENTES. (6) REINCIDÊNCIA. (7) REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AGRAVAMENTO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR. (8) INOCORRÊNCIA DE "BIS IN IDEM". (9) DESCABIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA REPARAÇÃO DO DANO. (10) REGIME PRISIONAL FECHADO. (11) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. (12) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Preliminar de decadência do direito de representação. A representação da vítima prescinde de formalidades, sendo suficiente o registro da ocorrência em delegacia, por exemplo. Precedentes do STF (HC 228.794/MG – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 02/06/2023 – DJe de 05/06/2023; HC 226.126-AgR/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Primeira Turma – j. em 03/05/2023 – DJe de 05/05/2023; RHC 225.409/SC – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. em 15/03/2023 – DJe de 17/03/2023 e HC 221.236-AgR/SP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 23/02/2023). No caso, a vítima registrou boletim de ocorrência e, posteriormente, representou perante o Delegado de Polícia quando intimada.

2. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de estelionato. Circunstâncias do caso concreto indicam o dolo adequado à espécie, tudo corroborado pelas provas dos autos colhidas sob o crivo do contraditório. Réu que se valeu de fraude para obter vantagem indevida. Dolo preexistente.

3. A palavra da vítima assume fundamental importância, eis que, em sede de crimes contra o patrimônio, normalmente tocados de clandestinidade, é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STF (RHC 207.428 AgR/SC – Rel. Min. DIAS TOFFOLI - Primeira Turma – j. em 04/04/2022 – DJe de 26/05/2022; HC 207.000-AgR/SP - Rel. Min.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. em 04/11/2021 - Dje de 11/11/2021; RHC 119.439/PR - Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma - j. em 25/02/2014 - Dje de 05/09/2014; AI 854523 AgR/RJ - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. em 21/08/2012 - Dje de 05/09/2012) e do STJ [AgRg no AREsp 2.035.719/SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. 27/9/2022 - Dje de 30/9/2022; AgRg no HC 647.779/PR - Rel. Min. Laurita Vaz - Sexta Turma - j. 24/5/2022 - Dje de 31/5/2022; REsp n. 1.969.032/RS - Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) - Sexta Turma - j. 17/5/2022 - Dje de 20/5/2022; AgRg no HC 697.674/RJ - Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) - Quinta Turma - j. 7/12/2021 - Dje de 15/12/2021; AgRg no AREsp 1.784.212/PR - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. 15/6/2021 - Dje de 22/6/2021].

4. A remissão feita pelo Magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS - Rel. Min. NUNES MARQUES - Segunda Turma - j. em 22/02/2023 - Dje de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR - Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma - j. em 22/02/2023 - Dje de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. em 13/02/2023 - Dje de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF - Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA - Segunda Turma - j. em 08/08/2022 - Dje de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Primeira Turma - j. em 29/08/2022 - Dje de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS - Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. em 27/04/2022 - Dje de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma - j. em 14/12/2021 - Dje de 07/02/2022).

5. Pena-base fixada acima do mínimo em razão dos maus antecedentes criminais. Não há que se falar em afastamento dos maus antecedentes na fixação da pena-base em razão do decurso do tempo. Como é cediço, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Entendimento do STF (RE 593.818-ED/SC - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Tribunal Pleno - j. em 25/04/2023 - Dje de 05/05/2023; HC 211.324-AgR/SP - Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA - Segunda Turma - j. em 13/12/2022 - Dje de 09/01/2023; RE 1.402.758-AgR/SP - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma - j. em 22/11/2022 - Dje de 23/11/2022; HC 209.193-AgR/DF - Rel. Min. NUNES MARQUES - Segunda Turma - j. em 14/03/2022 - Dje de 18/04/2022) e do STJ (AgRg no HC 750.611/SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma - j. em 07/02/2023 - Dje

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de 14/02/2023; AgRg no HC 668.427/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 07/06/2022 – DJe de 14/06/2022). Inteligência da doutrina de A. Silva Franco, J. Belloque e Victor Eduardo Rios Gonçalves.

6. Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna. A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 453.000-RG/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

7. Reincidência específica. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL legitima o agravamento da pena em maior patamar em se tratando de réus que sejam reincidentes específicos ou plúrimos (HC 225.347 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – j. em 03/04/2023 – DJe de 10/04/2023; HC 169.738 AgR/SC – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 07/06/2019 – DJe de 13/06/2019).

8. Havendo condenações diversas, mediante sentenças transitadas em julgado, inexistente violação ao princípio do "non bis in idem", se uma ou mais delas são tomadas para os fins de reconhecimento de maus antecedentes criminais, na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59, "caput", do Código Penal) e outra ou outras diferentes são tomadas para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I, do Código Penal). Inteligência, ademais, da Súmula 241, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a Doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Guilherme de Souza Nucci, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Precedentes do STF (HC 215.998-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023; HC 202.516-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021; RHC 92.611/RJ – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013; RHC 115.994/DF – Rel. Min. CARMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013; RHC 110.727/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012 e HC 94.846/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

9. Descabimento da circunstância atenuante do art. 65, III, "b", do Código Penal. Réu que não reparou o dano sofrido pela vítima.

10. Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, a determinação do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código. Nesse sentido, mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes. Precedentes do STF (HC 217.347 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022; RHC 213.544 AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022; HC 216.154

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022; RHC 210.394 AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022) e do STJ (AgRg no HC 740.038/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022; AgRg no HC 604.483/SP – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020).

11. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Réu que possui maus antecedentes e é reincidente específico. Inteligência do art. 44, II e III, do Código Penal.

12. Afastamento da preliminar e desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

Sandro Rogério Santos foi denunciado como incurso nas penas dos art. 171, "caput", do Código Penal.

Recebida a denúncia em 09 de março de 2021 (fls. 133/135), o réu foi citado por edital (fls. 181/182), certo que não compareceu nem constituiu advogado, sendo o processo e o curso do prazo prescricional suspensos em 24 de setembro de 2021, nos termos do art. 366, do Código de Processo Penal (fls. 210/211).

A defesa apresentou resposta à acusação em 28 de junho de 2024 (fls. 299/304), revogadas as suspensões do processo e do curso do prazo prescricional (fls. 317).

Ao final da instrução penal, o réu viu-se condenado, nos termos em que denunciado, reconhecida a circunstância agravante da reincidência, à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime fechado e 14 (catorze) dias-multa, no piso (fls. 474/482).

Recorreu a defesa, pleiteando, em síntese: **(a)** o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

reconhecimento da decadência do direito de representação da vítima; **(b)** a sua absolvição, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; **(c)** a redução da sua pena em razão do baixo valor do prejuízo sofrido pela vítima, da intenção de reparar o dano e da dupla valoração dos maus antecedentes e da reincidência; e **(d)** a fixação do regime prisional aberto (fls. 491/529).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento da apelação defensiva (fls. 536/539).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 555/563)

É o relatório.

Afasto a preliminar arguida e nego provimento ao recurso defensivo.

De início, assinalo que a Lei n. 13.964/2019 alterou a natureza da ação penal para o crime de estelionato, passando esta a ser pública condicionada, exigindo a representação da vítima como condição de procedibilidade para os processos já iniciados na data de sua edição. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por sua vez, assim decidiu:

"O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem, determinando que o juízo de primeiro grau proceda à intimação da vítima Eliana Camilo de Souza para que se manifeste em trinta dias se dispõe de interesse no prosseguimento da ação penal n. 0037222.33.2019.8.19.0001, sem o que haverá o trancamento do processo, ficando ratificada a medida liminar que suspendeu a ação penal até o pronunciamento da ofendida, tudo nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Luiz Fux. Plenário, Sessão Virtual de 31.3.2023 a 12.4.2023."
(STF – AgR no HC 208.817/RJ – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Tribunal Pleno – j. em 13/04/2023).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Por outro lado, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL também já decidiu que a representação da vítima prescinde de formalidades, sendo suficiente o registro da ocorrência na delegacia de polícia, por exemplo. Nesse sentido:

"A jurisprudência desta SUPREMA CORTE há muito tempo consolidou-se no sentido de que a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acoimados de criminosos (Inq 3438, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 10/2/2015). Nesse sentido, ainda: HC 221236 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24/2/2023; HC 182231 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 24/4/2020; HC 206126 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 7/10/2021."
(STF – HC 228.794/MG – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – j. em 02/06/2023 – DJe de 05/06/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. **ESTELIONATO. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. LAVRATURA DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. OITIVA DAS VÍTIMAS EM JUÍZO. REPRESENTAÇÃO QUE PRESCINDE DE FORMALIDADE.** AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."
(STF – HC 226.126-AgR/SP – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Primeira Turma – j em 03/05/2023 – DJe de 05/05/2023);

"Conforme o entendimento desta Corte, a representação prescinde de qualquer formalidade; basta que a vítima demonstre, por qualquer meio, interesse em ver iniciado o processo penal:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Assédio Sexual. Representação feita mediante o comparecimento da vítima à delegacia para registrar a ocorrência. 4. Jurisprudência desta Corte no sentido de que a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade. Precedentes. 5. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (RHC 123.086, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 2.10.2014)
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. A representação da vítima nos crimes sexuais prescinde de formalidade, bastando a demonstração da inequívoca intenção de ver o ofensor submetido à perseguição penal. (HC 108.043, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20.3.2018)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

'PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. VALIDADE DA DECLARAÇÃO DE POBREZA APRESENTADA PELOS PAIS DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – O Ministério Público possui legitimidade para promover a ação penal quando a vítima ou seus pais não puderem prover as despesas do processo, sem prejuízo da manutenção própria ou da família (art. 225, §2º, do CP, com redação anterior à Lei 12.015/2009). II - A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a representação realizada pela vítima ou seu representante legal nos crimes contra os costumes prescinde de formalidade e prova material de miserabilidade, sendo suficiente a mera declaração de pobreza. III - Não cabem em habeas corpus discussões sobre a veracidade da declaração de pobreza, uma vez que a prova da miserabilidade se faz pela simples declaração firmada perante a autoridade policial. IV – A discussão acerca de eventual falsidade do documento demandaria o exame de provas sobre a real situação econômica da declarante, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*. V – Ordem denegada'. (HC 113.071/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.11.2012).

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI Nº 12.015/2009. 1. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 225, §1º, I, C/C O §2º, DO CÓDIGO PENAL (NORMA ANTERIOR). AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. MISERABILIDADE DA VÍTIMA OU DE SEUS PAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO FORMAL. POSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS. **REPRESENTAÇÃO QUE INDEPENDE DE FORMALIDADE ESPECIAL**. 2. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 3. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ATO PRATICADO CONFORME À LEI VIGENTE À ÉPOCA. TEMPUS REGIT ACTUM. 4. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OBSERVÂNCIA DAS EXCEPCIONALIDADES PREVISTAS NO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 5. PRETENSÕES DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA E DO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.

1. Atos praticados antes da vigência da Lei n. 12.015/2009. Atentado violento ao pudor. Ação penal pública condicionada à representação, nos termos da norma anterior do art. 225, §1º, I, c/c §2º, do Código Penal.

2. A condição da miserabilidade da vítima não exige demonstração formal, podendo ser constatada por outros

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

elementos, como se tem na espécie, diante do grau de instrução e da profissão da mãe da vítima.

3. Representação. Dispensa de formalidade. Genitora da vítima que compareceu à autoridade policial para dar notícia do delito.

4. Oitiva de testemunhas. Rito do art. 212 do Código de Processo Penal, com alteração da Lei n. 11.690/2008. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

5. Interrogatório do Recorrente ocorrido em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008. Impossibilidade de realização de novo interrogatório. Aplicação do princípio do *tempus regit actum*.

6. O princípio da identidade física do juiz previsto no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal comporta flexibilização em situações excepcionais, como as descritas no art. 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. Excepcionalidade na espécie vertente.

7. Pedidos de desclassificação da conduta do Recorrente ou de reconhecimento de continuidade delitiva: impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus.

8. Recurso ao qual se nega provimento'. (RHC 116.171/SC, rel. min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 27.9.2013)."

(STF – RHC 225.409/SC – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – j. em 15/03/2023 – DJe de 17/03/2023);

"Agravos regimentais em habeas corpus. **Estelionato. Representação da vítima como condição de procedibilidade. Registro de boletim de ocorrência. Prescindibilidade de formalidade na representação pelo ofendido.** Precedentes. Agravos ao qual se nega provimento.

[...]

3. Agravos ao qual se nega provimento."

(STF – HC 221.236-AgR/SP – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 23/02/2023).

No presente caso, a vítima **Renata Couto** compareceu à Delegacia de Polícia para lavrar boletim de ocorrência logo após os fatos (fls. 03/04).

Após o advento da Lei n. 13.964/2019, o **Ministério Público** requereu, em 02 de março de 2020, a intimação da vítima para que se manifestasse acerca do desejo de representar criminalmente contra o réu (fls. 30). Intimada em 04 de maio de 2020 (fls. 34), a vítima ofereceu a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

representação na mesma data (fls. 35), não havendo que se falar na decadência do direito de representação, seja porque, meses antes, ela já havia procurado a Delegacia de Polícia para lavrar o correspondente boletim de ocorrência, manifestando o seu desejo de responsabilização do réu, seja porque, intimada, ela prontamente reiterou tal vontade.

Portanto, afasto a preliminar arguida.

Prossigo.

O réu **Sandro Rogério Santos** foi denunciado como incurso nas penas dos art. 171, "caput", Código Penal, nos termos seguintes:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio do Promotor de Justiça que esta subscreve, no desempenho de suas atribuições legais, perante Vossa Excelência, vem oferecer AÇÃO PENAL em face de SANDRO ROGÉRIO SANTOS (qualificado a fls. 03, nascido em 11/06/1971), pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Consta dos autos que, no dia 25 de setembro de 2019, em hora incerta, na Rua Rita de Cássia, nº 128 b, Centro, cidade de Araçoiaba da Serra, comarca de Sorocaba, SANDRO ROGÉRIO SANTOS, obteve, para si, vantagem ilícita, consistente na quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), induzindo e mantendo em erro, a vítima Renata Couto de Godoi, mediante meio fraudulento e em prejuízo desta.

Segundo apurado, na data dos fatos, a vítima Renata firmou um acordo com o denunciado para a compra de pisos na empresa Interpisos, na cidade de Sorocaba; de modo que ficou estipulado entre as partes, que a vítima pagaria R\$ 500,00 (quinhentos reais) a título de sinal e a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) após a entrega do material.

A pedido de SANDRO, a vítima depositou o valor de R\$ 500,00 reais na conta em nome de Durval Iamamoto da Silva.

Posteriormente, a vítima contactou o denunciado e o indagou acerca do acordo firmado entre ambos, ocasião em que SANDRO lhe entregou um cheque no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), como forma de devolução da quantia depositada.

Ocorre que, ao tentar a compensação do cheque, a vítima verificou que a cártula era fraudada.

Representação da vítima a fls. 35.

Diante do exposto, DENUNCIO à Vossa Excelência, SANDRO ROGÉRIO SANTOS como incurso no artigo 171, caput, do Código Penal. Requeiro que, registrada e autuada esta se lhes instaure o devido Processo Penal, citando-se o denunciado para interrogatório, ouvindo-se, oportunamente, a vítima e a testemunha abaixo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

arroladas, seguindo-se o rito ordinário, conforme artigo 394, §1º, inciso I do Código de Processo Penal, até final condenação. [...]” (fls. 117/119).

Pois bem.

A materialidade criminosa estelionatária está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), pelas fotografias do cheque (fls. 06/07), pelo relatório final do inquérito policial (fls. 25/26) e pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório (fls. 371/372 – mídia digital).

A autoria criminosa é igualmente certa e deve ser imputada ao réu **Sandro Rogério** que, interrogado judicialmente, negou a prática do crime (fls. 371/372 – mídia digital). Entretanto, ver-se-á, a sua negativa ficou isolada em relação ao restante do conjunto probatório.

Destarte, as provas carreadas aos autos demonstraram, de maneira inequívoca, que o réu **Sandro Rogério** obteve para si, mediante fraude, vantagem indevida, consistente em R\$ 500,00, em prejuízo da vítima **Renata Couto**. O conjunto probatório demonstra que o réu **Sandro Rogério** induziu a vítima em erro mediante fraude, a fim de obter a vantagem pecuniária indevida em seu prejuízo.

Com efeito, a vítima **Renata Couto** narrou, na Delegacia de Polícia e em Juízo, que conheceu o réu em um pesqueiro e negociou com ele a compra de pisos para um imóvel, de forma que ficou acordado que ela pagaria R\$ 500,00 como entrada e os restantes R\$ 7.000,00 após a entrega dos bens. Após o pagamento do sinal, mediante depósito para uma pessoa chamada **Durval Iamamoto**, o réu, que não havia realizado a entrega dos bens, entregou um cheque de terceiro à vítima, no valor de R\$ 500,00, como forma de restituí-la. Contudo, a cártula era fraudada. Confirmou, também, que reconheceu o réu na Delegacia de Polícia (fls. 371/372 – mídia digital).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Por sua vez, o depoimento judicial do investigador de polícia **Paulo Henrique**, testemunha arrolada pela acusação, nada de útil trouxe aos fatos (fls. 371/372 – mídia digital).

Ora, escusa dizer que o reconhecimento que uma vítima efetua assume fundamental importância, eis que, em sede de crimes patrimoniais, normalmente tocados de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Por isso, quando o reconhecimento ocorre, sem que nada o macule, como no caso dos autos, o que cumpre é aceitá-lo, daí o correto entendimento jurisprudencial:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **CONDENAÇÃO QUE LEVOU EM CONTA O RECONHECIMENTO DA AUTORIA PELA VÍTIMA EM MOMENTOS DISTINTOS.** PEDIDO DE DESTAQUE. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE QUE VIABILIZE O ACOLHIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há que se falar em nulidade da condenação por ausência de observância do art. 226 do CPP, porquanto está amparada não só pelo reconhecimento da vítima, que, ao contrário do alegado, foi confirmado em juízo, como em outros elementos de prova, notadamente a prévia descrição física do paciente e a reafirmação da autoria do roubo em duas ocasiões distintas.

2. Segundo o entendimento consolidado nesta Corte, "os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo" (RE nº 425.734/MG-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma).

3. Ademais, se as instâncias ordinárias concluíram pela existência de provas suficientes de que o paciente seria o autor da imputação penal, para se chegar a uma conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o habeas corpus não comporta. Nesse sentido: RHC nº 105.150, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 4/5/12; RHC nº 121.092/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12/5/14; HC nº 118.602/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 11/3/14; e o HC nº 111.398/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 3/5/12.

4. Os argumentos da defesa não revelam excepcionalidade apta a viabilizar o acolhimento do pedido de destaque formulado.

5. Agravo regimental não provido."

(STF - RHC 207.428 AgR/SC – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** - Primeira Turma – j. em 04/04/2022 – DJe de 26/05/2022);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO POR ROUBO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM RECONHECIMENTO PESSOAL. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA.**

1. A instância ordinária decidiu a controvérsia com base em circunstâncias fáticas diversas das apresentadas pela defesa nesta impetração. Dessa forma, qualquer conclusão desta CORTE em sentido contrário demandaria minuciosa reanálise de fatos e provas, providência incompatível por esta via processual.

2. **Além disso, a condenação do paciente, ao contrário do alegado pela defesa, não foi baseada isoladamente no reconhecimento pessoal. As instâncias antecedentes assentaram a existência de outras provas aptas a subsidiar a manutenção da sentença condenatória, com destaque para o registro de que o paciente foi preso em flagrante próximo ao local dos fatos em poder do celular da vítima e da exata quantia em dinheiro que fora subtraída do caixa do estabelecimento. Precedentes.**

3. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF - HC 207.000-AgR/SP - **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** - Primeira Turma – j. em 04/11/2021 – Dje de 11/11/2021);

"Recurso ordinário em habeas corpus.

2. Roubo majorado pelo concurso de agentes (art. 157, §2º, inciso II, c/c art. 70, todos do CP). Condenação.

3. Art. 212 do CPP. Ordem de inquirição das testemunhas. Ainda que se entendesse pela imposição de uma ordem legal, a jurisprudência do STF é no sentido de reconhecer a nulidade como relativa.

4. Reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP). A lei processual penal não exige, mas recomenda a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível.

5. Presença de elementos seguros para manter a condenação do recorrente: prisão em flagrante; depoimentos dos policiais e das vítimas e reconhecimento do réu ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório.

6. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento."

(STF - RHC 119.439/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** - Segunda Turma – j. em 25/02/2014 – Dje de 05/09/2014);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ART. 157, §2º, I e II C/C ART. 70, CÓDIGO PENAL. COMPROVAÇÃO DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ARTIGO 543-A, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C.C. ART. 327, §1º, DO RISTF. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO.

[...]

4. Ademais, o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

mantida por seus próprios fundamentos.

5. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO – MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS – PALAVRA DAS VÍTIMAS – VALIDADE – DEPOIMENTOS HARMÔNICOS E COERENTES QUE DESCREVEM A PRÁTICA CRIMINOSA – APELANTES RECONHECIDO PELAS VÍTIMAS – É PRESCINDÍVEL A APREENSÃO DA ARMA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA QUALIFICADORA NOS DELITOS DE ROUBO, PODENDO SER INFERIDO DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – PENA QUE FOI BENÉFICA PARA O APELANTE – RECURSO DESPROVIDO."

6. Agravo regimental não provido."

(STF - AI 854523 AgR/RJ – **Rel. Min. LUIZ FUX** - Primeira Turma – j. em 21/08/2012 – Dje de 05/09/2012);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. OBSERVÂNCIA AO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS JUSTIFICAM O AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso dos autos, observa-se que a condenação não restou embasada apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial, pois, além da confirmação do aludido procedimento em juízo, a vítima descreveu de forma minuciosa as características físicas do acusado, inclusive citando a presença de uma tatuagem, além de detalhar toda a dinâmica dos fatos.

2. Ressalta-se que "(...) Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos" (AgRg no AREsp n. 1.250.627/SC, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 11/5/2018).

3. Embora a jurisprudência desta Corte seja firme no sentido de que "O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa", no caso dos autos, foram apresentados outros elementos probatórios, independentes do reconhecimento fotográfico, que atestaram a autoria delitiva. Nesse contexto, torna-se inviável o acolhimento do pleito absolutório.

4. Conforme jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de circunstâncias judiciais desfavoráveis para fixação de regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §3º c/c art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 2.035.719/SP – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 27/9/2022 - DJe de 30/9/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. ROUBO MAJORADO. TESE DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE O DEPOIMENTO DO OFENDIDO SERIA INIDÔNEO. INOVAÇÃO RECURSAL. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. NÚMERO DE VÍTIMAS. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A tese de absolvição não comporta acolhimento, pois, em regra, tendo as instâncias ordinárias concluído pela presença de provas suficientes quanto à autoria, a inversão do julgado, de maneira a fazer prevalecer o pleito absolutório do Agravante, demandaria revolvimento das provas e fatos que instruem o caderno processual, inviável na via eleita.

2. A conclusão adotada pelo Tribunal estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual "em crimes contra o patrimônio, cometidos na clandestinidade, em especial o roubo, a palavra da vítima tem especial importância e prepondera, especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminosa" (HC 581.963/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 28/03/2022).

Ademais, não se pode olvidar que o veículo subtraído foi encontrado na posse do próprio Agravante, razão pela qual, dentro dos estreitos limites da via de habeas corpus, não se vislumbra ilegalidade flagrante a ensejar a absolvição do Sentenciado.

3. Não é passível de conhecimento a alegação defensiva de que o "depoimento da vítima não possui idoneidade, em razão de acontecimentos passados" entre esta e o Sentenciado, por se tratar de indevida inovação recursal.

4. Inexiste ilegalidade na avaliação desfavorável das circunstâncias do delito, tendo em vista a quantidade de vítimas atingidas (três, sendo duas de idade mais avançada) e a violência excessiva empregada pelos autores do crime, que desferiram coronhadas e socos no ofendido sem que ele apresentasse qualquer reação.

5. Agravo parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido." (STJ - AgRg no HC 647.779/PR – Rel. Min. Laurita Vaz - Sexta Turma – j. em 24/5/2022 - DJe de 31/5/2022);

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. OBRIGATORIEDADE DA OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. DISTINGUISHING. AUSÊNCIA DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL. ABSOLVIÇÃO. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. No julgamento do HC 598.886/SC, da relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, decidiu a Sexta Turma, revendo anterior interpretação, no sentido de que se "determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal - pessoal ou fotográfico - que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato - todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo - autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários".

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

2. Apesar do reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial não ter observado o procedimento legal, o presente caso enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, tendo em vista que a vítima relatou, nas fases inquisitorial e judicial, conhecer o réu pelo apelido de "boneco", bem como o pai do acusado, por serem vizinhos, o que não denota riscos de um reconhecimento falho.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o *modus operandi* empregado na prática do delito, cometido na clandestinidade, sendo que a reversão das premissas fáticas do julgado, para fins de absolvição, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial improvido."

[STJ - REsp n. 1.969.032/RS – Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) - Sexta Turma – j. em 17/5/2022 - DJe de 20/5/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ROUBO MAJORADO (ART. 157, §2º, INCISOS II, E §2º-A, INCISO I, POR DUAS VEZES, C/C ART. 70, TODOS DO CÓDIGO PENAL). RECONHECIMENTO PESSOAL DO PACIENTE PELA VÍTIMA NO MOMENTOS APÓS O CRIME, QUANDO PRESO EM FLAGRANTE. RECONHECIMENTO CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. MODUS OPERANDI. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - O decreto condenatório está lastreado em outras provas, submetidas ao crivo do devido processo legal: o reconhecimento em sede policial corroborado por outras provas colhidas em juízo; os depoimentos das vítimas e dos policiais militares ratificados, reitero, tanto em sede policial como em juízo. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.764.654/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/08/2021.

III - o eg. Tribunal de origem bem fundamentou a fixação do regime mais gravoso (fechado), ante a periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi* efetivado na execução do crime praticado com grave ameaça, onde o paciente apontou a arma de fogo para a vítima para subtrair sua motocicleta, circunstâncias concretas que justificam o recrudescimento do regime inicial de cumprimento da pena. Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

719/STF.

IV - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido."

[STJ - AgRg no HC 697.674/RJ – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF) - Quinta Turma – j. em 7/12/2021 - DJe de 15/12/2021];

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ROUBO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A revisão do entendimento firmado pelo Tribunal de origem a fim de absolver o agravante demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ.

2. O depoimento da vítima, em crimes sexuais e patrimoniais, caso dos autos, possui valor relevante para apuração da autoria e materialidade delitivas, constituindo fundamentação idônea para embasar a condenação.

3. "A ausência do exame de corpo de delito, no crime de estupro, não tem o condão de configurar nulidade absoluta do processo.

Precedentes do STJ" (AgRg no AREsp 272.952/DF, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 26/3/2013), sobretudo, quando existirem outras provas aptas a comprovar a materialidade delitiva.

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 1.784.212/PR – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 15/6/2021 - DJe de 22/6/2021).

Além disso, a vítima desconhecia o réu, não havendo nenhum motivo para incriminá-lo injustamente. Tais elementos também não deixam pairar dúvidas sobre a materialidade e a autoria criminosa do réu no que se refere aos fatos narrados na denúncia, que foi respaldado pelo depoimento judicial da vítima.

Ficou comprovado o prejuízo da vítima, haja vista que desde o início, ao negociar com ela a compra de pisos para um imóvel, o réu tinha o objetivo de induzi-la em erro, mediante fraude, consistente na ilusão criada de que os materiais para construção seriam entregues a ela após o pagamento de um sinal, no valor de R\$ 500,00, sem a intenção de restituí-la, obtendo,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

assim, a vantagem indevida em seu prejuízo. Ademais, o réu entregou cheque de terceiro à vítima, mencionando que a cártula serviria como restituição de tais valores adiantados. Contudo, a instituição bancária recusou o pagamento pelo "motivo n. 35", isto é, porque a conta-corrente estava encerrada.

Logo, indubitável o dolo preordenado, antecedente, com o qual o réu **Sandro Rogério** pautou o seu agir, de outra banda as próprias circunstâncias indicando a autoria criminosa frente às provas amealhadas aos autos, bem como o depoimento da vítima na Delegacia de Polícia e em Juízo.

Caracterizado o crime contra o patrimônio, consumado, persistente o prejuízo da vítima, era mesmo de rigor a condenação do réu, ele que desde o primeiro momento agiu com o dolo adequado à espécie, uma vez que se utilizou de fraude para ludibriar a vítima, que foi induzida em erro, fazendo-a acreditar ter negociado a compra de pisos para um imóvel, para que obtivesse a dita vantagem indevida, afastada a tese defensiva absolutória.

Portanto, a condenação era mesmo de rigor. Na mesma linha, a sentença:

"[...]

NO MÉRITO

A ação penal é procedente.

A materialidade e a autoria do delito restaram suficientemente comprovadas com a farta documentação juntada, bem assim com os relatos colhidos durante a instrução criminal.

A vítima, Renata Couto de Godoi, contou que conheceu o réu no pesqueiro do seu tio, ele estava lá almoçando com a sua esposa, ele pegou amizade com seu tio, o seu tio estava fazendo uma obra na sua casa e até comentou com o acusado "Ah, eu tô fazendo a casa dela". O réu estava espalhando pela cidade, comentando na cidade, que ele estava arrendando, na verdade falou que estava comprando um sítio chamado "Sitio Billy", um rancho "Billy" que tem em Araçoiaba da Serra. No meio da conversa, seu tio a apresentou, conversando junto com sua esposa, não lembra o nome da esposa dele, o acusado comentou que estava fazendo negócios com a Interpisos, daí perguntou o que estava precisando na casa dela para acabamento, tendo respondido que precisava de piso, que ia comprar naquela semana inclusive, daí o réu "Ah, eu tô com parceria com a Interpisos, com o gerente da Interpisos", falou isso para ela,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que estava passando uns cavalos para o moço da Interpisos e se quisesse ele ia ter crédito, ele ia usar no rancho “Billy” e ia sobrar, se quisesse, ele poderia lhe passar esse crédito com um valor mais baixo, porque ele não ia utilizar todo o crédito no rancho “Billy”. Nisso, conversaram nesse dia, salvo engano era no final de semana, durante a semana trocaram telefone, confirmaram, falou assim “Ah, interessante”, combinaram de ir na Interpisos, lá fez orçamento, realmente estava com o gerente, também tinha moço lá chamado Osmar, que dizia que era sócio dele nesse rolo todo, dizendo que realmente eles estavam fazendo negócios, que iriam trocar cavalos por materiais de construção na Interpisos e tudo mais, e ele falou assim “Ah, posso passar um pouquinho desse crédito pra você, parcelado, com desconto, pra você, porque eu não vou utilizar tudo, e daí você me paga por mês”. Achou interessante a proposta. Foi confirmar as informações, porque o rancho “Billy”, por coincidência, quem era dona era uma amiga muito próxima, e foi confirmar com ela, “Viu, realmente você tá vendendo?” e ela falou “Não, tô arrendando o rancho Billy, quem tá fazendo essa negociação pra mim é uma cunhada minha”, que também é dona, são sócias, “e ela que tá fazendo essa negociação, mas estamos sim”, para esse moço, era um senhor na verdade, chamado Sandro, junto com seu sócio, Osmar. Nisso tudo falou “Ah, então realmente é verídico toda a informação”, “ele [réu] tá pegando esse crédito”. O acusado começou a fazer coisas, ele realmente entrou no rancho “Billy”, começou a fazer algumas coisas no rancho “Billy” e firmaram negócios, “Olha, vou pegar um crédito com você lá na casa de materiais para construção, um pouco mais em conta, e pago você por mês”, porque ele disse que não ia usar tudo, e falou assim “Parcelo pra você em parcelas de quinhentos reais”, e fez isso, e ele falou “Quero uma parcela adiantada”. Quem lhe passou a conta na época, tem até documento, o papel com a letra do réu, com orçamento da Interpisos, do senhor Osmar. Porém, no dia, não fez na conta do senhor Osmar, depois o acusado lhe passou a conta de outra pessoa e fez o depósito de quinhentos reais, a primeira parcela, de quinhentos reais, e daí ficou esperando o piso. O réu falou “Não, a gente fechando ainda, não consegui pegar o cavalo”, o rolo deles do cavalo não estava dando certo, ele falou assim “Não entreguei o cavalo ainda para o moço, mas assim que eu entregar já libero o seu piso”, e não sei o quê. Isso tudo o acusado; o moço da Interpisos na época, que era o gerente, só confirmou para ela que tinha realmente, estava fazendo o negócio do cavalo. Nisso tudo, passou-se tempo, uma semana, duas semanas, três semanas, e pedindo seu piso, falou assim “Viu, já paguei quinhentos reais, você vai entregar meu piso ou não? Tá atrasando minha obra, meu tio precisa continuar minha obra”, e ele não entregava o piso, sempre uma desculpa atrás da outra, até o ponto que falou “Eu quero meu dinheiro de volta”, daí foi a questão do dinheiro de volta, o réu lhe passou um cheque, que acha, não sabe se está anexado, ele passou pelo seu dinheiro de volta, um cheque que voltou como furtado. Daí nisso tudo voltou a falar “Viu, você tá tendo algum problema com a moça?”, porque ele sumiu, ele deu uma sumida, daí voltou a falar com a sua amiga se estava tendo algum problema com o acusado e ela falou que ele tinha aplicado um golpe, que tinha limpado o rancho “Billy”, que não tinha pagado a parcela do arrendamento, e daí depois disso descobriu também que ele deu um golpe no moço de carne. No fim, foi todo mundo parar na delegacia, acha que não tem só seu

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

processo, o réu deve ter mais processo ainda, porque sua amiga levou o golpe nessa história toda, do rancho “Billy”, que ele pegou as coisas que tinha lá e não arrendou nem nada, só entrou, conseguiu enganar o povo; ela, com o cheque, que ficou com o cheque sem fundo e quinhentos reais depositados; e o moço da carne, era um açougue, que descobri também que o réu pegou carnes lá, ficou de pagar e não pagou. Essa é a história e o acusado sumiu. Tem o comprovante do Osmar, com a letra do Osmar, que ele passou a conta na época, que não fez nessa conta, que era um sócio do réu que nunca mais viu, e tem o comprovante que fez na conta que o acusado lhe enviou, na época tinha WhatsApp também, as coisas, e o cheque sem fundo que até o hoje não recebeu. O seu prejuízo foi quinhentos reais, foi um pouco menos; da sua amiga, do arrendamento, do rancho “Billy”, foi maior porque ele limpou o lugar. Ressaltou que o réu sumiu. Na delegacia, o policial, no dia, com ela e as outras duas vítimas, mostrou uma foto, pediu para identificar e identificou. Confirmou que as outras vítimas também. Reconheceu como aquela pessoa que falou que ia intermediar a compra do piso. Confirmou que para ela ele usou o nome Sandro. Na delegacia, a pessoa que reconheceu na delegacia era o mesmo. Quando fez esse reconhecimento da fotografia teve dúvida nenhuma. Foi logo em seguida, porque, quando estourou, acha que assim, ele aplicou o golpe em todo mundo e sumiu, então todo mundo ao mesmo tempo... “Logo em seguida” seria uma semana. Ressaltou que teve dúvida nenhuma. O acusado nunca a procurou para ressarcir-la do cheque de origem ilícita, ele sumiu. Descreveu o réu como “um pouquinho gordinho”, era “meio careca”, na época tirou foto até, dessa foto da delegacia, mas reconhece ele, tem uns cinquenta anos, branco, alto, um e setenta, um setenta e alguma coisa, quase um e oitenta. Vendo o acusado, reconheceu-o. Ressaltou que tirou uma foto de dentro da delegacia do réu, para guardar, porque ele tinha sumido, então guardou a foto. Mas isso foi em 2019. Apresentaram somente a foto do acusado. Levou o cheque para ser juntado nos autos. Não ficaram com esse cheque, tiraram uma cópia acha, mas lembra, levou o comprovante de depósito, levou o cheque e mostrou todas as conversas. Ressaltou que quem lhe deu a proposta foi o réu. Esclareceu que depositou o dinheiro na conta dela e voltou pelo motivo 35, mas não era um cheque do acusado, ele falou que era de um cliente, Oswaldo Francisco. Procurou novamente o gerente da Interpiso e ele falou que o cavalo não tinha sido entregue e ele não ia entregar o material nem para ela nem para o réu. Quando confrontou o acusado, ele ficou muito alterado, nervoso, dizendo que ele era “homem”, que ele ia cumprir com a palavra, respondeu que não queria mais saber, que só queria o dinheiro de volta, e o falou assim “Então toma” e jogou o cheque. O réu sempre dava uma desculpa dizendo que o piso ia chegar, até esse ponto de o piso nunca chegar, ficou umas três semanas a enrolando com isso daí, até que foi descobrir realmente o que estava acontecendo com o gerente e o gerente falou “o cavalo não foi entregue, o piso não vai ser entregue”. Ressaltou que depois que o cheque recebido voltou tentou localizar acusado, foi no rancho “Billy”, ele já não estava mais lá, daí descobriu tudo. Ficou com o cheque e ligou para Juliana imediatamente perguntando o que aconteceu, daí que descobriu que era uma outra vítima.

O investigador de polícia Paulo Henrique Galante relatou ter recebido ordem de serviço para localizar o autor para dar explicações sobre os

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

fatos, porém, não conseguiu localizá-lo naquele momento, foi no endereço e informado pelo caseiro de que ele já tinha deixado o local. Nunca viu o réu nem tinha ouvido falar dele. Não teve contato com a vítima.

Derradeiramente, não ouvido em sede administrativa porque não encontrado (fl. 24), em Juízo o réu Sandro Rogério Santos alegou que realmente foi sócio do pesqueiro. Durval era o sócio majoritário e Oscar era o médico, outro sócio. Foram realmente na Interpisos, teve uma negociação de cavalos, foram entregues dez sacos de cimento e cinco sacos de argamassa para a vítima. Oscar deu duas viagens com ela de Araçoiaba a Sorocaba, para escolher piso, não definia, tudo, enfim, deu aquele barulho. Teve um contratempo na negociação do pesqueiro, saíram, que era um arrendamento, não era compra. Durval era o proprietário no contrato, do cheque, ele que emitia o cheque para dar para a vítima. Insistiu que foram entregues dez sacos de cimento e cinco de argamassa na casa dela; o piso ela mesma teria cancelado. O cheque entregue a vítima, que voltou com a alínea 35, era de Durval, proprietário do pesqueiro que estava no contrato. Tem interesse na composição, mas e os dez sacos de cimento e cinco de argamassa? Advertido que não existe notícia de que ela tenha recebido algo, aceitou dar quinhentos reais à vítima. Nega o crime, não tem crime. O piso não foi entregue porque a vítima não pagou, teria desistido. Largaram o pesqueiro que deu problema. Não era o principal, o interlocutor, Durval que arrendou, teve um problema entre eles e saíram do pesqueiro. Sustentou que com o rancho quem teve problema foi Durval. Não tem problema com ninguém. Teria sido ele, Durval e Oscar quem fez a venda para a vítima. Quem ofereceu foi ele, a primeira conversa com ele. Depois foi ele e Oscar com a vítima na Interpisos. Oscar é quem tinha negócios com o gerente da Interpisos, não tem cavalo. Indagado o motivo de ter oferecido isso para a vítima, justificou que eram sócios, Durval era o sócio majoritário, mas estavam também no negócio. O cavalo era de Oscar para entrar na sociedade, estava dando como pagamento também, negociou o cavalo com o rapaz da Interpisos para lhes repassar material. Era um negócio de Oscar com o funcionário da Interpisos. Questionado novamente o motivo de ter oferecido para a vítima, justificou que Oscar era seu sócio e tinha que dar alguma parte também, só por isso. Confirmou que o cavalo ia ser entregue como pagamento por materiais que a Interpisos ia oferecer lá para o rancho, então era um pagamento da sociedade por materiais que viriam para a sociedade. Já sabia da negociação antes de oferecer para a vítima, mas não participou, foi só Oscar. A princípio, sabe que o cavalo foi entregue sim, foi um “rolo danado”, mas foi entregue sim, até está correndo até hoje, que o gerente foi mandado embora, teve rolo demais depois, mas realmente foi entregue sim. O gerente da Interpisos entregou dez sacos de cimentos e cinco de argamassa para a vítima; para ele e Oscar entregou algumas coisas, caixa d'água, algumas coisas. Quem deu o cheque à vítima teria sido Durval, sócio majoritário. Questionado novamente, respondeu que Durval estava no dia, era um domingo que a vítima foi lá. Durval teria feito o cheque e entregou para ela. Não se recorda se chegou a falar com a vítima depois disso. Depois que aconteceu a transferência da situação do rancho foi para Sorocaba, não estava mais no rancho. Não teve contato com a vítima. Não sabia do cheque. Insistiu que foi entregue cimento e argamassa para a vítima, não sabe se equivale ao que ela pagou, e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que ela teria desfeito o negócio.

Como se vê, os elementos carreados na fase policial e durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, cuidaram de ratificar a acusação contida na denúncia.

O dolo do acusado é patente, revelando que conhecia as consequências de seu comportamento e que agiu de forma premeditada e intencionalmente para a obtenção de vantagem financeira ilícita em prejuízo da vítima, o que se mostrou inquestionável.

Assim, comprovadas a materialidade, a autoria e a culpabilidade, tem-se por tipificado, na espécie, o delito de estelionato.

Conforme certidão de fls. 44/47 e extensa F.A. de fls. 121/132, o acusado ostenta três condenações definitivas por estelionato, uma caracterizadora de mau antecedente e duas de reincidência.

Não há outras circunstâncias ou causas a serem consideradas.

Passo, então, à dosimetria da pena.

[...] (fls. 476/481).

Digo eu.

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente à sentença, visando dar escopo à fundamentação deste Acórdão, não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
[...]

3. A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUCTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.

[...]

2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF – HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Passo à análise da sua pena.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no piso, em razão dos seus maus antecedentes (processo-crime n. 0005878-47.2005.8.26.0157 – fls. 44/45).

E, sobre este ponto, não há que se falar em afastamento dos maus antecedentes na fixação da pena-base em razão do decurso do tempo. Como é cediço, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Confira-se o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a respeito:

"Direito penal. Embargos de declaração em recurso extraordinário. **Tema 150 da repercussão geral.** Embargos acolhidos apenas para fins de esclarecimento da tese.

1. Embargos de declaração opostos em face de acórdão do Plenário Virtual desta Corte, que fixou a tese de repercussão geral referente ao Tema 150, nos seguintes termos: "não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

2. A alegada omissão referente à existência de discricionariedade do juízo em utilizar ou não as condenações com período superior a cinco anos para o incremento da pena-base foi afirmada nos votos de todos os Ministros que formaram a maioria.

3. A possibilidade de reconhecer ou não como maus antecedentes condenações antigas ou desimportantes deriva dos institutos da individualização da pena e isonomia, bem como da necessidade de que a reprimenda seja suficiente e necessária para que o condenado não volte a delinquir. Tanto a consideração quanto a desconsideração dessas circunstâncias devem ser devidamente fundamentadas.

4. **Embargos de declaração acolhidos, tão somente para aclarar**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a tese do Tema 150 da repercussão geral, que passa a ser fixada nos seguintes termos: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal".

(STF – RE 593.818-ED/SC – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO** – Tribunal Pleno – j. em 25/04/2023 – DJe de 05/05/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. MAUS ANTECEDENTES. TEMA RG Nº 150. PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, INC. I, DO CP): INAPLICABILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 593.818-RG/SC, Tema RG nº 150 do ementário da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: 'Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 211.324-AgR/SP – Rel. Min. **ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENAL. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS (SÚMULA 279/STF). JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

[...]

4. O STF, ao julgar o RE 593.818-RG – Tema 150, de minha relatoria, entendeu que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, '[s]e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006' (HC 123.042, Relª. Minª. Rosa Weber). Precedente.

[...]

7. Agravo a que se nega provimento."

(STF – RE 1.402.758-AgR/SP – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO** –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Primeira Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 23/11/2022);

"AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS PARA CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA N. 150). HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Esta Suprema Corte, na análise do Tema n. 150 da repercussão geral, fixou a tese de que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

2. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 209.193-AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 14/03/2022 – DJe de 18/04/2022).

Na mesma linha está o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES DA SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. **MAUS ANTECEDENTES. ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES QUE NÃO ESTÁ LIMITADA AO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS.** AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade' (HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 7/3/2018).

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 750.611/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 14/2/2023);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PENA BASE. ANTECEDENTES. PERÍODO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DEPURADOR. INAPLICABILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA INTERMEDIÁRIA SUPERIOR A 1/6. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. O tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não opera efeitos quanto à validade da condenação anterior, para fins de valoração negativa dos antecedentes, como circunstância judicial desfavorável. Isso porque o Código Penal adotou o sistema da perpetuidade, haja vista que o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), hipótese em que vigora o sistema da temporariedade. Não houve, pois, ilegalidade na valoração dos antecedentes na pena-base.

6. Não há qualquer ilegalidade em valorar condenação não alcançada pelo período depurador sob o título de antecedentes, porquanto, inclusive, mais favorável aos pacientes.

[...]

9. Agravo regimental parcialmente provido."

(STJ – AgRg no HC 668.427/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 07/06/2022 – DJe de 14/06/2022).

Nesse sentido, **A. SILVA FRANCO** e **J. BELLOQUE** destacam que, mesmo em se admitindo a necessidade de trânsito em julgado como essencial ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal e Súmula n. 444, do Superior Tribunal de Justiça):

"[...] constituíram maus antecedentes as condenações irrecorríveis depois do decurso de mais de cinco anos do cumprimento da pena e as condenações irrecorríveis posteriores à prática do segundo crime, mas referentes à conduta anterior, ambas não geradoras de reincidência."

(**Código Penal e sua interpretação** – Doutrina e Jurisprudência, 8ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 344 – grifou-se).

Trilha o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"Os arts. 63 e 64 do Código Penal especificam o alcance da reincidência em relação a condenações anteriores, exigindo: a) que o crime pelo qual o réu esteja sendo condenado tenha sido praticado após o trânsito em julgado da sentença que o condenou pelo crime anterior; b) que na data do novo crime não se tenham passado 5 anos desde a extinção da pena do delito anterior.

Em suma, em havendo condenação anterior definitiva, mas ausente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

algum dos requisitos da reincidência, o réu será considerado portador de maus antecedentes. Configuram, portanto, maus antecedentes: a) condenações definitivas cuja pena tenha sido extinta há mais de 5 anos em relação ao cometimento do novo delito; b) condenações definitivas transitadas em julgado após a prática do novo crime, porém, antes da sentença; e c) condenações anteriores por contravenção penal quando o agente vem a cometer posteriormente um crime, na medida em que esta hipótese não é abrangida pelo conceito de reincidência do art. 63 do Código Penal." (Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Na segunda fase, foi corretamente reconhecida a circunstância agravante da reincidência específica do réu (processos-crime n. 017665-10.2004.8.26.0157 – fls. 46). Contudo, apesar da sentença mencionar duas condenações geradoras da reincidência específica, observo que, na certidão de antecedentes criminais do réu, constam apenas duas condenações definitivas transitadas em julgado, uma utilizada a título de maus antecedentes (processo-crime n. 0005878-47.2005.8.26.0157 – fls. 44/45) e outra, já mencionada, a título de reincidência específica.

Entretanto, embora considerada apenas uma condenação, a pena deve ser agravada para 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (catorze) dias-multa, no piso, como fixado pela sentença.

No ponto, observo que não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S): VOLNEI DA SILVA LEAL
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE -
Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I, do artigo 61, do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública. Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto condenatório, vir a sofrer conseqüências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do §2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – §2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional, impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, §2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do §4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e §1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente aliados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A QUO. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal a quo, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e, até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido. Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, dismanteland-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940."

(STF – RE 453.000-RG/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Nesse sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL legitima o agravamento da pena em patamar mais sensível em se tratando de réus que sejam reincidentes específicos ou plúrimos:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FATOS E PROVAS. PENA-BASE. **REINCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

[...]

4. Para "justificar o percentual de 2/3 adotado para exacerbar a pena na segunda fase, as instâncias antecedentes destacaram a multireincidência e a reincidência específica do recorrente, o qual ostenta 7 condenações anteriores pelos crimes de roubo, furto, posse ilegal de arma e tráfico. **A reincidência plúrima, nesse contexto, é circunstância idônea para o agravamento da pena, que se deu em patamar proporcional e adequado às particularidades do caso concreto, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado**" (HC 169.738-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 225.347 AgR/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – j. em 03/04/2023 – DJe de 10/04/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. **REINCIDÊNCIA PLÚRIMA. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.**

1. A dosimetria da pena está ligada ao mérito da ação penal, ao juízo que é realizado pelo magistrado sentenciante após a análise do acervo probatório amealhado ao longo da instrução criminal. Daí ser inviável, na via estreita do Habeas Corpus, reavaliar os elementos de convicção, a fim de se redimensionar a sanção. O que está autorizado, segundo reiterada jurisprudência desta CORTE, é apenas o controle da legalidade dos critérios invocados, com a correção de eventuais arbitrariedades, não verificadas na espécie. Precedentes.

2. **Para justificar o percentual de 2/3 adotado para exacerbar a pena na segunda fase, as instâncias antecedentes destacaram "a multireincidência e a reincidência específica do recorrente, o qual ostenta 7 condenações anteriores" pelos crimes de roubo, furto, posse ilegal de arma e tráfico. A reincidência plúrima, nesse contexto, é circunstância idônea para o agravamento da pena, que se deu em patamar proporcional e adequado às particularidades do caso concreto, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.**

[...]

4. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 169.738 AgR/SC – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 07/06/2019 – DJe de 13/06/2019).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Além disso, ressalto que inexistiu a ocorrência do "bis in idem" no caso concreto, porque a sua reincidência se deu com base em processo-crime distinto daquele que serviu para o reconhecimento dos maus antecedentes criminais. Nesse sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu a ausência de violação do princípio do "non bis in idem", quanto à fixação da pena, quando para os fins do art. 59, "caput", do Código Penal, usam-se processos-crime distintos daquele ou daqueles que, na segunda fase da dosimetria da pena, são usados para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência. Aqueles forjam o conceito de maus antecedentes criminais, este, o da reincidência:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. *WRIT* UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DEFICITÁRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. **ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM POR MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS.**

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. A instrução processual deficitária inviabiliza a análise do constrangimento ilegal invocado e a concessão da ordem pleiteada. Precedentes. 4. No caso concreto, o agravante deixou de instruir o feito com a folha de antecedentes criminais mencionada na sentença e no acórdão condenatórios, o que impossibilita o exame da pretensão deduzida no habeas corpus. 5. Não se reveste de verossimilhança a tese de que o recorrente teria sido absolvido da imputação que ensejou a reincidência em sentença, haja vista que, do que se extrai dos documentos constantes dos autos, as instâncias ordinárias o consideraram reincidente em razão de condenação transitada em julgado havida em ação penal diversa. **6. Depreende-se dos documentos que instruem o presente writ que as instâncias ordinárias utilizaram condenações distintas para majorar a pena base em razão dos maus antecedentes, bem como para agravar a pena pela reincidência, o que afasta a tese de ofensa ao princípio do non bis in idem.** 7. Agravo regimental desprovido."

(STF – AgR no HC 215.998/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação transitada em julgado. Supressão de instância. Alegação de cerceamento de defesa. Negativa de autoria. Dosimetria da pena. Regime inicial. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

6. O STF tem orientação no sentido de que é "lícito ao juiz, havendo duas condenações com trânsito em julgado, considerar uma delas como Maus antecedentes e a outra como agravante genérica do art. 61, I, do CP (reincidência), sem que isso implique bis in idem" (RHC 126.336, Rel. Min. Teori Zavascki). Ainda nesse sentido: HC 140.868, Rel. Min. Marco Aurélio. 7. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na presente hipótese, a imposição do regime fechado encontra respaldo em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, notadamente em razão da reincidência e Maus antecedentes. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – AgR no HC 202.516/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** - Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021);

"Recurso ordinário em habeas corpus.

2. Exasperação da pena-base. Não ocorrência. Adequação formalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Maus antecedentes. Reincidência. Inexistência de violação ao princípio do non bis in idem. Condenações diversas.

4. Prescrição. Não ocorrência.

5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 92.611/RJ – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

[...]

4. Possibilidade de se adotar condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena-base e para a agravante da reincidência em segunda instância. Inexistência de bis in idem. Precedentes.

5. A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não inovou ao apreciar a dosimetria da pena na sentença condenatória; analisou seus fundamentos para mantê-la. Não há reformatio in pejus.

6. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 115.994/DF – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Segunda

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Furto simples. Reincidência. Bis in idem. Não ocorrência. Diversidade de condenações definitivas. Majoração justificada e dentro dos limites discricionários do juiz. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação. Inviabilidade. Ordem denegada. Recurso não provido.

1. **Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante levou em conta os maus antecedentes ostentados pelo réu e, na etapa seguinte, majorou a pena em virtude da reincidência, considerando a existência de mais de uma condenação definitiva. Não há falar em dupla valoração do mesmo fato, portanto.**

2. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.

3. Recurso não provido."

(STF – RHC 110.727/DF – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012);

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CAUSA AGRAVANTE GENÉRICA OBRIGATÓRIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I - As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual são aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição.

II - **O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui 'bis in idem' quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.**

III - Ordem denegada".

(STF – HC 94.846/RS – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

Não bastasse, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a existência de uma única sentença condenatória transitada em julgado não pode ser valorada concomitantemente como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e como reincidência, na etapa seguinte, sob pena de indevido "bis in idem", a teor do disposto na Súmula n. 241, do Superior Tribunal de Justiça:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Entretanto, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva anterior, pode o Magistrado utilizar-se de uma ou mais como antecedentes criminais e as demais, diferentes daquelas, como ensejadores do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, por se tratar de valoração de fatos distintos, conforme a orientação do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, "in casu", não há falar em "bis in idem" na fixação da pena ou violação à sobredita Súmula, pois conforme já consignado, tem-se o registro de mais de uma sentença condenatória transitada em julgado. Assim, na hipótese de o agente ostentar mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, insisto, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, o que ocorre na espécie.

A Doutrina não é diferente do entendimento jurisprudencial (nem poderia ser, pois se trata de normal inteligência interpretativa).

LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI, sobre o tema, ensinam que:

"Pluralidade de condenações pretéritas: se o agente conta com várias condenações pretéritas, que vão além do lapso de cinco anos, cabe ao juiz levá-las em consideração como fatores de determinação da personalidade do agente. Uma delas vale como antecedentes; as outras devem ser levadas em conta como reveladoras da personalidade do agente. Se o agente conta com várias condenações que não tenham ultrapassado o lapso de cinco anos: uma vale para o efeito da reincidência; a outra (ou outras) vale (m) para o efeito dos antecedentes criminais.

Ne bis in idem: havendo uma só condenação pretérita, que ainda se encontra dentro do lapso de cinco anos contados da extinção da pena, cabe ao juiz levá-la em consideração exclusivamente para o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

efeito da reincidência. Nesse caso, não pode jamais a mesma condenação também servir de base para o reconhecimento de antecedentes criminais. Um mesmo fato (uma mesma condenação) não pode ser valorado duas vezes (contra o réu). Está proibido o *bis in idem* (veja Súmula 241 do STJ)."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, arts. 1º a 120, VOLUME. I, atualizado até março de 2015, Editora Jus, PODIVM, 2015).

Pela mesma senda é o escólio de **GUILHERME DE SOUZA**

NUCCI:

"Inexiste, ainda, dupla punição pelo mesmo fato, quando o magistrado considera em diferentes etapas, sustentado por diversos delitos, os antecedentes e a reincidência. Há possibilidade de o agente ser somente reincidente – cometer novo delito, após condenação anterior, com trânsito em julgado, por crime – ou ser reincidente e possuir maus antecedentes – cometer novo crime, depois de ter sido condenado por delito anterior –, além de ostentar outras condenações com trânsito em julgado."

(Princípios Constitucionais e Processuais Penais, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

O próprio autor acima nominado, Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é quem, em outra de suas obras, também sustenta:

"Maus antecedentes: pode o juiz levar em consideração ambos os elementos, desde que não tenham como base as mesmas condenações. Neste contexto, saliente-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'. Assim, caso alguns processos signifiquem *maus antecedentes*, outros podem levar ao reconhecimento da reincidência."

(Código Penal Comentado, 15ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

E ainda, em uma terceira obra, o mesmo autor pontifica:

"Por outro lado, o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica está a Súmula 241 do Superior Tribunal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de Justiça: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?.

Entretanto, nada obstaculiza a elevação da pena-base porque o réu possui maus antecedentes e, depois, novamente, por conta da reincidência, como agravante, se há condenações *distintas* em número suficiente para tal procedimento.

Exemplificando: se o agente pratica um roubo depois de já ter sido condenado definitivamente por três outros delitos patrimoniais, podendo ou não ter cumprido a pena. Ora, nada impede que o juiz o considere reincidente por conta de um deles e pondere os outros dois como antecedentes negativos. Se assim não fizer, levando em conta somente a reincidência, poderá haver injustiça na individualização da pena, pois outro réu, que possui apenas uma condenação por crime anterior, é idênticamente reincidente. O primeiro tem três antecedentes; o segundo, apenas um. Ambos não podem ser equiparados como reincidentes, com igual elevação da pena. É razoável que haja consideração separada para o que ostenta mais de uma condenação no seu passado. Outros sistemas legislativos adotam critério diferenciado para a ponderação da reincidência na fixação da pena, determinando aumentos maiores para quem possui mais de uma condenação pretérita e torna a cometer outra infração penal. No Brasil, pode-se suprir a deficiência legal no contexto da reincidência conforme o prudente critério do magistrado ao levar em consideração tanto a circunstância legal da reincidência quanto a circunstância judicial dos maus antecedentes."

(**Individualização da Pena**, 6ª Edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2014).

Igualmente, **ANDRÉ ESTEFAM**:

"O agente não pode ter, por força de uma única condenação anterior com trânsito em julgado, reconhecida em seu desfavor a agravante da reincidência e os maus antecedentes (na condição de circunstância judicial desfavorável), sob pena de se realizar um inaceitável *bis in idem*. Nesse sentido a Súmula 241 do STJ: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?. Tal fenômeno, isto é, o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes em desfavor do mesmo réu, requer a existência no processo de uma certidão criminal demonstrando condenação anterior definitiva por outro crime e de *outras* certidões anotando antecedentes criminais."

(**Direito Penal**, 1, Parte Geral, (arts. 1º a 120), 3ª edição, Editora Saraiva, 2013).

Segue o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS**
GONÇALVES:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"Igualmente, o reconhecimento da agravante da reincidência impede que a mesma condenação anterior seja utilizada para aumentar a pena-base na condição de "maus antecedentes" (circunstância judicial do art. 59 do CP). A esse respeito existe, inclusive, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Referida vedação obviamente não existe quando o acusado ostenta mais de uma condenação anterior definitiva e o juiz utiliza uma delas para reconhecer a reincidência e a outra como maus antecedentes. Nessa situação, não há *bis in idem* porque cada agravação da pena baseou-se em condenação anterior diversa."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Nem se diga que o réu faz jus à circunstância atenuante do art. 65, III, "b", do Código Penal. A uma, porque a proposta de devolução da quantia de R\$ 500,00 não se deu logo após o crime, como exige a lei, mas sim apenas na audiência de instrução e julgamento, anos depois, e sem a correspondente atualização monetária (fls. 407/48). A duas, porque apesar de ter oferecido a restituição da quantia de R\$ 500,00, ela foi condicionada ao fato de que a vítima concordasse em encerrar a ação penal com o adimplemento. E a três, porque mesmo com a recusa da vítima (fls. 410), fato é que a reparação do prejuízo efetivamente não ocorreu.

Por fim, na terceira fase da dosimetria não há causas de aumento ou de diminuição da pena.

Assim, a pena ficou definitivamente fixada em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (catorze) dias-multa, no piso.

Correta a adoção do regime fechado para o cumprimento da pena, sobretudo por conta dos maus antecedentes e da reincidência específica do réu.

Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, a determinação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código.

Nesse sentido, mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes, caso do réu.

Conforme o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006). AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO.

[...]

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do §2º do art. 33 do Código Penal. Inteligência da Súmula 719/STF. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 217.347 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022);

"Processual penal. Agravo regimental em Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de colaboração com o tráfico de drogas. Direito ao silêncio. Prejuízo. Demonstração. Necessidade. Dosimetria da pena. Fatos e provas. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

5. A imposição do “regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea” (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na hipótese dos autos, o regime inicial fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida. O acórdão impugnado “manteve o regime inicial fechado em razão da presença (a) de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP); e (b) da agravante da reincidência. Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fechado” (HC 116.574, Rel. Min. Teori Zavascki).

[...]

9. Agravo regimental a que se nega provimento."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(STF – RHC 213.544 AgR/SC – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE. CONDENAÇÃO PENAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À PESSOA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

[...]

2. **A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e a eventual reincidência do apenado, conforme remissão do artigo 33, §2º e §3º, do mesmo diploma legal.**

3. **A circunstância especial de o agente ser reincidente constitui fundamento idôneo para a imposição de regime mais severo** (semiaberto), medida que se mostra adequada e necessária para a repressão e prevenção do crime e atende ao disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

[...]

6. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 216.154 AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022);

"EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A existência de circunstância judicial desfavorável e a reincidência do agravante são justificativas idôneas para a imposição de regime fechado.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 210.394 AgR/DF – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022).

Não bastasse este entendimento da SUPREMA CORTE, no mesmo sentido se alinha o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

NO HABEAS CORPUS. SOMENTE INOBSERVANÇA DE PARÂMETROS LEGAIS OU FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. RAÇÃO DE 2/3. USO DE ARMA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. RÉGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

VIII - Descabida a inovação recursal em sede de agravo regimental quanto à pretensão de fixação de regime inicial fechado. Ademais, ainda que assim não fosse, tem-se que o mesmo foi devidamente fundamentado, sendo o agravante reincidente e condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, cabível o regime fechado, notadamente tendo a pena-base sido majorada em razão dos antecedentes e das consequências do delito, bem como em face da gravidade concreta da conduta, praticada com violência real às vítimas em concurso de quatro agentes, assim como da condição de reincidente do agravante, o que legitima a imposição do regime mais gravoso.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido."

(STJ – AgRg no HC 740.038/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022);

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REINCIDÊNCIA ATESTADA PELA CORTE ORIGINÁRIA. LAPSO ENTRE A DATA DA EXTINÇÃO DA PENA DO DELITO ANTERIOR E O DIA DO COMETIMENTO DE NOVO CRIME. PERÍODO DEPURADOR NÃO APERFEIÇOADO. ENTENDIMENTO INAFASTÁVEL. REANÁLISE DE PROVAS. ÓBICE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. RÉGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

V - Regime inicial. A jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que, ainda que o condenado ostente circunstâncias judiciais favoráveis e o quantum de pena aplicada seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, justifica-se o regime inicial fechado, quando este for reincidente. Confirma-se: AgRg no REsp n. 1.712.438/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 26/03/2018; HC n. 402.449/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/08/2017.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 604.483/SP – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Assim, a pena estabilizou-se em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime fechado e 14 (catorze) dias-multa, no piso.

O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, certo que possui maus antecedentes e é reincidente específico. Inteligência do art. 44, II e III, do Código Penal.

Ante tais razões, **afasto a preliminar arguida e nego provimento ao recurso defensivo.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator