



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

Registro: 2025.0000394769

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500875-43.2022.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante EDSON WAGNER LEITÃO DE OLIVEIRA, 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: **Negaram provimento ao apelo 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, 24 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. 1500875-43.2022.8.26.0318

Apelante: Edson Wagner Leitão de Oliveira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: Vara Criminal da Comarca de Leme

MM. Juiz de Direito: Djalma Moreira Gomes Junior

Voto n. 12.995

APELAÇÃO DEFENSIVA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. (1) AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. (2) ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS OU POR ATIPICIDADE EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. DESCABIMENTO. RÉU QUE SE APROPRIOU DE UMA MÁQUIDA DE CAFÉ DA VÍTIMA E NÃO RESTITUIU À SUA POSSE. CARACTERIZADA A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. (3) INDÍCIOS QUE EVIDENCIAM O DOLO À ESPÉCIE CRIMINOSA. (4) CRIME CONSUMADO. (5) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (6) DOSIMETRIA. RECONHECIDAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, MAS SEM REFLEXO NA PENA. EQUÍVOCO QUE NÃO PODERÁ SER CORRIGIDO NESTA INSTÂNCIA RECURSAL. (7) REGIME PRISIONAL FECHADO É O QUE MELHOR SE AJUSTA AO CASO DOS AUTOS. (8) DESCABIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU "SURSI". (9) IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Autoria e materialidade comprovadas com relação ao crime de apropriação indébita e consumada, sobretudo pelas sólidas provas dos autos.

2. Crime de apropriação indébita caracterizado. Isso porque, apropriar-se é tomar para si, vale dizer, é inverter a natureza da posse, passando a agir como se dono fosse da coisa alheia de que tem a posse ou a detenção. Na apropriação indébita, ao contrário do furto e do estelionato, o sujeito passivo tem, anteriormente, a posse lícita da coisa. Recebe-a legitimamente. Pressuposto do crime de apropriação indébita, reiterando, é a anterior posse lícita da coisa alheia, da qual o agente se apropria indevidamente. Na verdade, no crime de apropriação indébita há uma alteração do título da posse, uma vez que o agente passa a agir como se dono fosse da coisa alheia de que tem a posse legítima. Doutrina de Cezar Roberto Bitencourt.

3. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de

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

ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Cezar Peluso – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Luiz Fux – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842).

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. Na dosimetria da pena do réu deve ser levada em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possa calibrar as penas em conformidade com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico.

6. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal, na primeira fase, e agravada, na segunda etapa, porém sem reflexo na pena. Não se sabe o porquê, o Juízo "a quo" deixou de aplicar à pena-base o aumento pelos maus antecedentes, bem como o agravamento da pena na segunda etapa do cálculo trifásico, o que contou com a anuência do Ministério Público em se contrapor por meio de eventual recurso ou mediante oposição de embargos de declaração, para corrigir evidente contradição ou omissão. Porém, esse equívoco não poderá ser corrigido nesta Instância recursal, em respeito à vedação da "non reformatio in pejus", prevalecendo o favor imerecido ao réu.

7. Regime prisional fechado para o réu, mercê dos maus antecedentes criminais e da reincidência. A jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais gravoso para o réu que ostente circunstância judicial negativa ou reincidente (caso dos

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

autos). 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 AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022; RHC 210.394 Agir/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 TJDFT) – 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).

8. Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, II e III, do Código Penal. Tampouco o "sursis", segundo o art. 77, I e II, do mesmo Código.

9. Recurso defensivo que não comporta provimento.

VOTO

Edson Vagner Leitão de Oliveira e Alex Sandro Oliveira da Silva foram denunciados como incurso nas penas do art. 168, "caput", combinado com o art. 29, ambos do Código Penal e, ao final, julgada parcialmente procedente a ação penal, viu-se o **réu Edson Vagner** condenado nos termos da denúncia, à pena de 01 (um) ano de reclusão, regime fechado e 10 (dez) dias-multa, diária mínima. Absolvido o réu Alex Sandro da imputação que lhe foi feita de estar incurso as penas do art. 168, "caput", do Código Penal, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 521/533).

A sentença transitou em julgado, em relação ao réu Alex Sandro, na data de 17 de fevereiro de 2025 (fls. 550).

Inconformada com a sentença condenatória, recorreu a **defesa do réu Edson Vagner**, pleiteando, em apertada síntese, a sua

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

absolvição por insuficiência de provas e por atipicidade, sob o argumento de ausência de dolo e de prejuízo à vítima. Alternativamente, requereu o abrandamento do regime prisional para o aberto e o afastamento da pena de multa, mercê da frágil condição financeira do réu (fls. 575/578).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento da apelação interposta pelo réu, mantendo-se a sentença nos termos em que proferida (fls. 583/584).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 594/598).

É o relatório que se acresce ao da sentença.

O apelo defensivo não merece ser acolhido.

Os réus **Edson Wagner Leitão de Oliveira** e Alex Sandro Oliveira da Silva foram denunciados como incurso nas penas do art. 168, "caput", combinado com o art. 29, ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

"[...]"

Consta do incluso inquérito policial que, no período compreendido entre os dias 14 de junho de 2021 e 26 de janeiro de 2022, em horário incerto, na Avenida Visconde Nova Granada, 1017, Jardim Ariana, nesta cidade e comarca de Leme/SP, **EDSON VAGNER LEITÃO DE OLIVEIRA**, identificado a fl. 49, e **ALEX SANDRO OLIVEIRA DA SILVA**, identificado a fl. 50, agindo em concurso e em unidade de desígnios, apropriaram-se de uma máquina de café, modelo 'Krea Touch', avaliada em R\$ 25.000,00, pertencente a empresa 'Gran Coffee Comercio Locação e Serviços S.A.' (*Auto de Avaliação de fl. 68*).

Segundo apurado, no dia 12 de maio de 2021, os denunciados firmaram com a empresa-vítima um contrato de comodato de uma máquina de café, modelo 'Krea Touch' (*cf. contrato de comodato de fls. 238/244*).

No período compreendido entre os dias 14 de junho de 2021 e 26 de janeiro de 2022, Edson e Alex decidiram apropriar-se da máquina de café. Para tanto, deixaram de pagar o valor do empréstimo à

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

empresa-vítima, bem como anunciaram a máquina à venda pela rede social 'Facebook' (fls. 228/230).

Agindo desta forma, os denunciados se apropriaram do bem de que tinham a posse em razão do contrato de comodato, invertendo o animus domini.

Ante o exposto, **denuncio** a Vossa Excelência **EDSON VAGNER LEITÃO DE OLIVEIRA** e **ALEX SANDRO OLIVEIRA DA SILVA** como incurso no **artigo 168, caput, c.c., artigo 29, ambos do Código Penal**, requerendo, após o recebimento desta, sejam os denunciados citados e intimados para oferecerem defesa preliminar no prazo de 10 (dez) dias, seguindo-se os demais atos do procedimento ordinário, nos termos do artigo 394, §1º, inciso I, e artigos 396/405, do Código de Processo Penal, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas, até a final condenação.

[...]" (fls. 253/254).

Pois bem.

A materialidade criminosa está consubstanciada no boletim de ocorrência n. BA1659-2/2022 (fls. 14/16), no relatório final de inquérito policial (fls. 64/66), nos "prints" extraídos das plataformas de "marketplace" de venda "on-line" (fls. 226/230), no contrato de comodato realizado entre as partes (fls. 238/249) e nas provas orais colhidas sob o contraditório (fls. 437 e 476 - mídias audiovisuais).

De outro canto, a autoria criminosa é certa e deve ser atribuída ao **réu Edson Vagner** que, perante o Juízo, negou a autoria do crime e responsabilizou o réu Alex Sandro pela conduta que lhe foi imputada. Alegou que encerrou as atividades da sua loja de conveniência e que a máquina de café teria ficado entre os equipamentos recolhidos do estabelecimento comercial. Aduziu que somente tomou conhecimento que o equipamento estava na sua posse, quando foi procurado por policiais civis. Por fim, disse que teria celebrado um contrato verbal com o réu Alex Sandro e que seria da sua responsabilidade o equipamento (fls. 476 - mídia audiovisual). Mas, ver-se-á, a prova oral judicial permite a manutenção da condenação do réu, no termos prolatados na sentença.

Thais Bellucci, representante da empresa-vítima "Gran

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

Coffee Comércio Locação e Serviços S.A.", em Juízo, confirmou a apropriação indébita da máquina de café pertencente ao estabelecimento comercial vítima. Esclareceu que, ao identificar a inadimplência do contratante (o réu), reuniu a documentação referente ao contrato firmado em novembro de 2021, uma vez que nenhuma fatura havia sido paga. Após tentativas frustradas de contato com o contratante, verificaram que o endereço informado por ele estava desocupado. Durante esse período, um funcionário localizou, em um grupo da rede social "Facebook", um anúncio de venda da máquina de café, que apresentava adesivos e características que permitiam a sua identificação como propriedade da empresa-vítima. Contou que o anúncio era feito por uma pessoa de prenome "Vagner", nome que constava no contrato como segundo contato do contratante. Diante disso, a empresa-vítima comunicou os fatos às autoridades policiais e, após alguns meses, foi informada sobre a recuperação do seu bem. Ressaltou que foram engendrados esforços para contatar tanto o contratante quanto o anunciante, por meio do "Facebook" e do "WhatsApp", porém sem sucesso. Por fim, afirmou desconhecer se a contratação foi realizada de forma presencial ou virtual, pois essa atribuição era de responsabilidade de outro setor (fls. 437 - mídia audiovisual).

Em igual sentido, o policial civil **Sérgio Luís**, testemunha arrolada pela acusação, perante o contraditório, corroborou a versão ofertada pela representante da empresa-vítima. Asseverou que, à época dos fatos, foi registrado um boletim de ocorrência na cidade de Campinas, referente à apropriação indébita de uma máquina de café, avaliada em cerca de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Disse que, com base na documentação fornecida pela representante da vítima, os policiais diligenciaram em busca de informações e souberam que o estabelecimento, cujas atividades haviam sido encerradas, pertencia ao réu, indivíduo já conhecido dos meios policiais e que coincidentemente era o responsável pelo anúncio do bem móvel em uma plataforma digital de "marketplace", na rede social "Facebook". Posteriormente, dirigiram-se à residência do réu, sem encontrá-lo. Por fim,

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

contou que o réu compareceu espontaneamente à Delegacia de Polícia, por um outro motivo, ocasião em que foi indagado sobre a máquina de café, devolvendo-a somente no dia seguinte (fls. 437 - mídia audiovisual).

Digo eu.

Deflui dos autos que, em 12 de maio de 2021, o réu celebrou com a empresa-vítima "Gran Coffee Comércio Locação e Serviços S.A.", um contrato de comodato referente a uma máquina de café modelo "Krea Touch". Entre 14 de junho de 2021 e 26 de janeiro de 2022, o réu passou a agir com o intuito de se apropriar do equipamento, deixando de efetuar os pagamentos devidos à empresa em questão e anunciando a máquina para a venda na rede social "Facebook". Dessa forma, o réu agiu para apropriar-se do bem móvel, que detinha em razão do contrato de comodato, passando a agir como proprietário e invertendo a finalidade da posse que lhe havia sido confiada.

Deveras, a autoria e a materialidade do crime de apropriação indébita em análise estão amplamente demonstradas pelas provas constantes nos autos, não havendo fundamento para absolvição.

Conforme se verifica, tanto o contrato de comodato quanto a documentação apresentada (fls. 238/249), além dos depoimentos colhidos, comprovam de maneira inequívoca a autoria do crime, pelo qual o réu foi condenado.

A representante da empresa vítima, **Thais Bellucci**, perante o contraditório, confirmou que a máquina de café "Krea Touch", avaliada em R\$ 25.000,00, havia sido cedida em um contrato de comodato a um estabelecimento comercial, que teve as suas atividades encerradas. Posteriormente, soube de um anúncio de venda da mesma máquina de café, em um grupo na rede social "Facebook", publicado por um indivíduo de

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

prenome "Vagner", nome que coincide com o do réu, sócio do contratante. Por fim, confirmou que foram várias as tentativas de contato com o contratante e o anunciante, via telefone e "WhatsApp", mas sem sucesso (fls. 437 - mídia audiovisual).

Outrossim, o policial civil **Sérgio Luís**, em Juízo, esclareceu que, após a denúncia da empresa-vítima e realizada a análise dos documentos apresentados por ela, engendraram esforços na apuração do caso. As investigações confirmaram ser o réu o último responsável pelo local em que estava estabelecida a loja de conveniência, bem como ser ele o autor do anúncio de venda da máquina de café, pertencente à empresa-vítima "Gran Coffee Comércio Locação e Serviços S.A.". Ao final, disse que o contratante formal, Alex Sandro, alegou não conhecer o réu e disse ter perdido os seus documentos no ano de 2021. Posteriormente, o réu admitiu aos policiais civis que estava na posse da máquina de café, tanto que a devolveu à Delegacia de Polícia (fls. 437 - mídias audiovisuais).

Por sua vez, o contrato apresentava vários elementos que ligavam o réu ao negócio, como endereço, "e-mails" e dados vinculados ao seu nome e ao CNPJ da empresa (fls. 238/249).

Destarte, todos esses pontos formam, à saciedade, um conjunto de indícios que, indiscutivelmente, somados, evidenciam um resplandecente mosaico do qual se extrai, nitidamente, a figura da prática do crime de apropriação indébita imputada ao recorrente, nos estreitos moldes descritos na denúncia e confirmados na sentença condenatória. A respeito da validade dos indícios para a formação do convencimento do julgador, o ensinamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do

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

ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas – foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa. Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz

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

consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daqueloutro* fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária –, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador –, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício. Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas.

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I -, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta."

(STF – AP 470/MG – Voto **Min. CEZAR PELUSO** – Tribunal Pleno – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constatava na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo Cabral (II *principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, Nº 2, aprilegiugno, 2005, passim).

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*.

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto cioè che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra". (...) La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice. (...) Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale, come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima della presunzione hominis è data dalle prove indiziarie.)*

(LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*.

v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: 'o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade' (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que 'indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente' (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio

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

Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é admitida, v. g., em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

'IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por

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

indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, no conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do álibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal ('A *prova da alegação incumbirá a quem a fizer* [...]'). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ÁLIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156).** III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENAÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser

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

assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante.
(HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do *álibi*, preleciona Damásio de Jesus que *'[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão'* (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."

(STF – AP 470/MG – Voto **Min. LUIZ FUX** – Tribunal Pleno – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 838/842).

Nota-se que o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, na forma como reconhecido pela sentença, mormente porque os depoimentos da representante da empresa-vítima, **Thaís Bellucci** e da testemunha, o **policial civil Sérgio Luís**, confirmaram, em Juízo, a entrega da máquina de café "Krea Touch", avaliada em R\$ 25.000,00, cedida em um contrato de comodato ao estabelecimento comercial do réu, aliás, admitida por ele e por sua defesa, contudo, após encerrada as atividades da loja de conveniência de propriedade do réu, a referida máquina de café deixou de ser restituída à empresa-vítima, de modo que com essa conduta o réu inverteu a posse do bem, apropriando-se da coisa como se dono fosse, tanto que ele tentou vendê-la em uma plataforma de rede social.

Conveniente ressaltar, por sinal, que não há nos autos qualquer prova que desqualifique a versão da representante da vítima, **Thaís Bellucci** e da testemunha arrolada pela acusação, o **policial civil Sérgio Luís**, ou que torne suspeitos os seus depoimentos, mesmo porque não se revelou terem elas qualquer interesse na injusta imputação do réu ou mesmo em lhe atribuir crime de grave repercussão social como o destes autos.

De tal arte, é evidente que as provas coligidas aos autos

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

foram claras em imputar a prática do crime de apropriação indébita ao réu, não se podendo falar em atipicidade, sob o argumento de ausência de dolo e de prejuízo à vítima. Isso porque, a mim me parecem hígidos os fundamentos da sentença vergastada, dando conta, suficiente, da materialidade do crime de apropriação indébita e da sua respectiva autoria, revelando, com clareza solar, que o apelante se apropriou da máquina de café "Krea Touch" e não a restituiu à empresa-vítima, sendo o que basta para que se tipifique o crime de apropriação indébita, até porque presente o respectivo dolo. Nas lições de **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**:

"A ação incriminada consiste em apropriar-se de coisa alheia móvel de que o agente tem a posse ou detenção. *Apropriar-se* é tomar para si, isto é, *inverter a natureza da posse*, passando a agir como se dono fosse da coisa alheia de que tem posse ou detenção. Na apropriação indébita, ao contrário do furto e do estelionato, o sujeito passivo tem, anteriormente, a posse lícita da coisa. Recebe-a legitimamente.

Pressuposto do crime de *apropriação indébita*, reiterando, é a *anterior posse lícita da coisa alheia*, da qual o agente *se apropria* indevidamente. Como afirmava Heleno Fragoso, 'a posse que deve preexistir ao crime deve ser exercida pelo agente em nome alheio (*nomine alieno*), isto é, em nome de outrem, seja ou não em benefício próprio'. Quer dizer, nesse crime, o dolo é *subsequente* pois a apropriação segue-se à *posse da coisa*. Na verdade, no crime de apropriação indébita há uma alteração do *título da posse*, uma vez que o agente passa a agir como se dono fosse da *coisa alheia* de que tem a *posse legítima*. É fundamental a presença do *elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria*. Ao contrário do crime de *furto*, o agente tem a *posse lícita* da coisa. Recebe-a legitimamente. Muda somente o *animus* que o liga à coisa. Este primeiro elemento - *posse legítima de coisa alheia móvel* -, sobre o qual se deve inverter o *animus rem sibi habendi*, é indispensável ao exame da caracterização do crime de apropriação indébita. Em não havendo a *anterior posse legítima* de coisa alheia móvel, não se pode falar em apropriação indébita, onde a inversão do título da posse é fundamental."

(**Tratado de Direito Penal, Parte Especial** — 3, 11ª Edição Atualizada, Editora Saraiva, 2015).

Portanto, é inquestionável que o réu cometeu o crime de apropriação indébita da máquina de café "Krea Touch", de propriedade da empresa-vítima "Gran Coffee Comércio Localização e Serviços S.A.", cedida para

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

ele em um contrato de comodato firmado entre a empresa-vítima e o seu estabelecimento comercial. Esta conduta caracteriza claramente o crime de apropriação indébita, conforme previsto no art. 168, "caput", do Código Penal.

Logo, de rigor a manutenção da sentença penal condenatória, que bem fundamentou a existência de provas aptas para a condenação do réu pela prática do crime de apropriação indébita. Nesse sentido, ademais, a referida sentença:

"[...]

É relatório necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

Não há preliminares a apreciar.

E, no mérito, a ação penal deve ser julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE, isso porque, terminada a instrução da causa, apenas há provas de que o réu EDSON tenha praticado o crime.

A materialidade e a autoria, em relação ao acusado EDSON, restaram comprovadas pelo boletim de ocorrência (fls. 14/16), pelo relatório de investigação (fls. 64/66), pelos documentos (fls. 238/249), bem como pela prova oral produzida em juízo.

De fato, a representante da vítima, Thais Bellucci, quando ouvida em juízo declarou que trabalho no departamento jurídico da empresa ré e que, diante da inadimplência, recolheu os documentos respeitante à contratação da cafeteira para verificar quais diligências seriam realizadas para cobrança. O contrato foi firmado em novembro de 2021 e nenhuma fatura foi paga.

Narrou que se tentou contato com a contratante, mas o local estava vazio.

Nesse interim um funcionário noticiou que em um grupo do Facebook da cidade de Leme havia uma cafeteira exposta à venda, a qual poderia pertencer à empresa, visto possui adesivos e características próprias, que torna fácil a identificação.

O anúncio foi realizado por uma pessoa chamada Vagner, nome este que constava no contrato como sendo o segundo contato do contratante, com observação de sócio.

Declarou que, diante de tudo isso, levaram os fatos ao conhecimento da autoridade policial e depois meses depois foram contatados pela delegacia, que conseguiu recuperar o bem.

Pontuou que tentaram notificar o contratante pessoalmente, mas sem sucesso. Inclusive, tentaram contato com o anunciante por meio do anúncio do Facebook e pelo WhatsApp que estava no anúncio, informando que a máquina era da empresa Gran Coffe, solicitando a devolução, também sem sucesso.

Indagada como ocorreu a contratação, se presencial ou virtual, narrou que não sabe, pois isso é de competência da área de contratação e não sabe precisar.

O Policial Civil Sérgio Luis Francatto Filho, quando inquirido em juízo, disse que na época foi registrado boletim de ocorrência na cidade de Campinas acerca da apropriação indébita de uma máquina

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

de café, que custava aproximadamente R\$ 25.000,00. Na ocasião a advogada da empresa prejudicada esclareceu que a máquina estava sendo anunciada pela internet e que o locatário não havia realizado o pagamento.

A partir dos documentos fornecidos pela vítima foram até um posto de combustível e verificaram que a conveniência estava fechada. Em contato com o gerente tomaram conhecimento de que o estabelecimento tinha fechado havia pouco tempo e que o então proprietário era o réu EDSON VAGNER LEITÃO DE OLIVEIRA, pessoa que já é conhecida nos meios policiais, o qual, coincidentemente, era a mesma pessoa havia anunciado o bem via marketplace no Facebook.

Declarou que não encontraram a cafeteira no posto. Em seguida foram até a residência de EDSON VAGNER, mas ele não foi encontrado. Após, foram até a residência de ALEX SANDRO, que era a pessoa constante no contrato, o qual narrou que havia perdido seus documentos e que não tinha nada a ver com a história.

Depois disso não sabe se ele foi conduzido à delegacia, pois acabou sendo transferido para a cidade de São Carlos.

Afirmou que em outra ocasião EDSON VAGNER foi até a delegacia em razão de outro assunto, ocasião em que foi realizado contato com falado sobre a máquina e, diante disso, no dia seguinte EDSON VAGNER espontaneamente apresentou o bem na delegacia.

Narrou que EDSON VAGNER menciona em seu depoimento que tudo se deu por conta de ALEX SANDRO. Este, por sua vez, negou a prática do crime. Pontuou que EDSON VAGNER disse que a máquina estava na sua casa e que havia adquirido de ALEX SANDRO.

E a fala do policial, contra quem nada se levantou, foi harmônica e isenta de contradição, se cotejada com os depoimentos prestados em juízo quanto na fase inquisitorial, o que até se justificaria considerando o número de ocorrências que atendem os agentes da lei, merecendo pleno crédito.

Ressalte-se, por oportuno, que os policiais não estão impedidos de depor pela legislação processual pátria. E o fato de serem servidores comprometidos com a aplicação da lei, repressão e combate ao crime, não retira a força de suas palavras. Pelo contrário, suas palavras têm pleno crédito até que prova manifesta em contrário exclua a presunção.

Nesse sentido:

'Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes' (AgRg no HC 706.153/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021)

'De outro lado, registre-se que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016' (AgRg

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

no HC 695.991/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021)

'o Estado tem seus agentes concursados legalmente aptos a reprimir o crime e seus depoimentos somente podem ser afastados se demonstrada eventual irregularidade ou interesse particular na condenação do acusado, o que não se deu no caso em tela. Demais disso, as falas destes profissionais, que, escolhidos pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, possuem fé pública, sendo seus depoimentos dignos de crédito e plena validade' (TJSP; Apelação Criminal 1500867-65.2021.8.26.0168; Relator (a): Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Dracena - 3ª Vara; Data do Julgamento: 21/10/2021; Data de Registro: 21/10/2021)

'No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário. O mesmo raciocínio se aplica aos Guardas Municipais' (TJSP; Apelação Criminal 1501314-54.2020.8.26.0567; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sorocaba - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/07/2021; Data de Registro: 23/07/2021)

O réu ALEX SANDRO, quando interrogado, disse que não sabe dizer nada sobre os fatos e que não conhece o corréu. Declarou que perdeu os documentos no ano de 2021 quando sofreu um acidente e acabou não se preocupando em registrar o fato. Não teve outros problemas em razão do uso dos seus documentos por terceira pessoa.

Declarou que mora na Rua Sebastião Guadanini, 27. Nunca residiu na Rua Carlos Bonfante.

O réu EDSON VAGNER, quando interrogado, narrou que teve uma conveniência em um posto de combustível na época dos fatos na cidade de Leme. No decurso do empreendimento uma pessoa lhe ofereceu uma parceria em relação a uma cafeteira. No começo da pandemia fechou a conveniência e levou os equipamentos para casa. Posteriormente tomou conhecimento de que estava sendo procurado pela delegacia para tratar sobre a cafeteira, ocasião em que devolveu o bem imediatamente.

Narrou que a pessoa, identificada como ALEX, deixou o contrato de comodato que havia realizado com a outra empresa.

Exibida a fotografia do corréu ALEX, não o reconheceu como sendo a pessoa que lhe entregou a cafeteira, afirmando que o indivíduo que lhe entregou o bem era grisalho.

Pois bem.

Quanto ao réu ALEX SANDRO, de fato não há prova que indique sua participação no crime e, apesar de também não haver prova de que tenha, realmente, perdido seus documentos, ao cabo da instrução há dúvida razoável, apta a ensejar sua absolvição.

Por outro lado, embora o corréu EDSON VAGNER tenha alegado que fora terceira pessoa que lhe entregou a cafeteira juntamente com

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

um instrumento de comodato, o cotejo dos elementos probatórios constantes nos autos demonstra não deixar dúvidas de que praticou o crime e, possivelmente, tenha realizado o contrato de fls. 238/249 de forma fraudulenta.

Isso porque, segundo narrou o policial civil inquirido em juízo, eles foram até o endereço constante no contrato realizado com a empresa ré (copiado às fls. 238/249), onde verificaram que o réu EDSON VAGNER era o proprietário da então conveniência existente no posto de combustível.

Tal fato já causa estranheza pois, se EDSON VAGNER recebeu o contrato de terceira pessoa desconhecida, não era para constar o endereço do seu estabelecimento no contrato.

Além disso, ao analisar o contrato de fls. 238/249 depreende-se que o e-mail utilizado pelo contratante é convenienciacaferedoposto@gmail.com, ou seja, refere-se a um estabelecimento situado em um posto de gasolina, tal qual o do réu EDSON VAGNER.

Não bastasse isso, ao consultar o CNPJ da pessoa jurídica contratante (ALEX SANDRO OLIVEIRA DA SILVA 40724874810) junto ao site da Receita Federal, verifica-se que o endereço eletrônico informado é EDSONVAGNER.ADV@GMAIL.COM, que sem sombra de dúvidas é do réu, o qual é bacharel em direito.

Confira-se:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL			
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA			
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 42.231.289/0001-08 MATRIZ		COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL DATA DE EMISSÃO 07/06/2021	
NOME EMPRESARIAL ALEX SANDRO OLIVEIRA DA SILVA 40724874810			
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) NOME			PORTA ME
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL NOME			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS NOME			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA VENTURA JURÍDICA 213-5 - Empresário (individual)			
LOGRADOURO NOME	NÚMERO NOME	COMPLEMENTO NOME	
CEP NOME	BARRIO/DISTRITO NOME	MUNICÍPIO NOME	UF NOME
ENDEREÇO ELETRÔNICO EDSONVAGNER.ADV@GMAIL.COM		TELEFONE (19) 8133-2491	
ENTE FEDERATIVO RESPONSÁVEL (EFR) NOME			
SITUAÇÃO CADASTRAL INAPTA		DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 24/11/2023	
MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL Omissão De Declarações			
SITUAÇÃO ESPECIAL NOME		DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL NOME	

Tudo isso demonstra que, possivelmente, foi o réu EDSON VAGNER que abriu a pessoa jurídica e realizou a contratação junto à vítima, pois não há qualquer motivo para que tais elementos constassem junto ao contrato e à Receita Federal.

Tais circunstâncias, portanto, deixam veemente incerteza de que ALEX SANDRO tenha participado da empreitada criminoso.

De outro lado, não deixam dúvidas de que o réu EDSON VAGNER praticou no mínimo o crime a ele imputado, pois o requerido não negou que tenha anunciado a cafeteira na internet e que dela se apropriou, já que, sabedor que se tratava de bem oriundo de comodato, ao tentar alienar para terceiros praticou inequívoco ato de apropriação.

Note-se que até daria para se cogitar eventual estelionato, crime

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

pelo qual, diga-se, o réu EDSON VAGNER já foi definitivamente condenado. Contudo, os elementos dos autos apenas autorizam a condenação pelo crime indicado na exordial acusatória.

O crime em comento foi consumado, pois acusado EDSON VAGNER recebeu a detenção da cafeteira de forma desviada e, em determinado momento, resolveu se apossar do bem que recebeu lícitamente.

Assim, ao agir como se a carga lhe pertencesse, não há dúvidas acerca da consumação da infração.

E não há que se arguir que o fato é atípico ou que não houve qualquer prejuízo à vítima, visto que esta deixou de alugar o bem para terceiros pessoas pelo período em que o réu permaneceu na posse do bem.

Assim, diante das provas e dos elementos de convicção que tais, não restam dúvidas de que o proceder do acusado EDSON VAGNER se amolda perfeitamente ao delito descrito na denúncia, pelo que sua condenação é medida de rigor, sobremaneira se considerando que ausentes circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena.

Isso posto, e considerando o mais do que dos autos consta, **julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação penal e, via de consequência

A) absolvo o réu ALEX SANDRO OLIVEIRA DA SILVA, qualificado nos autos, da imputação constante nos autos, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e

B) condeno EDSON VAGNER LEITÃO DE OLIVEIRA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 168, 'caput' Código Penal.

[...]" (fls. 522/531).

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

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

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":

"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.**

[...]

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

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 CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **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);

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

"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.

[...]

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).

Continuo.

Logo, a condenação foi bem decretada, tendo em vista que se comprovou que o réu se apropriou da máquina de café "Krea Touch", de propriedade da empresa-vítima "Gran Coffee Comércio Locação e Serviços S.A.", caracterizando a conduta prevista no art. 168, "caput", do Código Penal, não se tratando, pois, de ausência de dolo.

Registre-se, também, tratar-se de crime consumado, porque, como bem demonstrado pelas provas produzidas, em Juízo, houve inversão da posse desse bem móvel pelo réu, não havendo, de outra banda, a sua restituição para a empresa-vítima quando exigida.

Assim, convincente o quadro probatório, nada existe para ser revisto quanto à materialidade e à autoria criminosa, porque comprovado nos autos que o réu Edson Vagner se apropriou da máquina de café "Krea Touch", de propriedade da empresa-vítima "Gran Coffee Comércio Locação e Serviços S.A.", invertendo a posse desse bem móvel.

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

À pena.

No que concerne à pena-base, o Magistrado de Origem reconheceu a presença dos maus antecedentes criminais, aferidos por uma condenação com trânsito em julgado da sentença (fls. 187/202 - processo-crime n. 0003456-23.2005.8.26.0538, cuja pena foi extinta pelo cumprimento em 11/08/2011) e exasperou a basilar na fração de 1/6. Contudo, deixou de aplicá-la à pena, mantendo-a no mínimo legal, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, diária mínima. Aqui, não se sabe o porquê, o Juízo "a quo" deixou aplicar à pena-base o aumento pelos maus antecedentes, o que contou com a anuência do Ministério Público em se contrapor por meio de eventual recurso ou mediante a oposição de embargos de declaração, para corrigir evidente contradição ou omissão. Porém, esse equívoco não poderá ser corrigido nesta Instância recursal, em respeito à vedação da "non reformatio in pejus", prevalecendo o favor imerecido ao réu.

Destaco que a condenação, cuja extinção da pena ocorreu há mais de 05 (cinco) anos, embora não sirva para caracterizar a circunstância agravante da reincidência, serve, sim, para caracterizar o conceito de "maus antecedentes", consoante tranquilo entendimento da SUPREMA CORTE.

Ademais, ainda que tenha decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal, a circunstância de o criminoso possuir maus antecedentes é suficiente para justificar a elevação da pena-base, não havendo qualquer ilegalidade para ser sanada quanto ao ponto, devendo ser mantida a decisão impugnada pelos seus próprios fundamentos.

Esse entendimento está em harmonia com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

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

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. Conforme a jurisprudência desta Corte, condenações anteriores, cuja pena tenha sido extinta há mais de cinco anos, podem ser valoradas como maus antecedentes.

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(STF – RHC 219.987/SP – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 03/03/2023);

"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 PENA. 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/SP – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.818-RG, firmou entendimento no sentido de que 'não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal)'.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – RHC 214.594/MS – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 06/06/2022 – DJe de 27/06/2022);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INERNO EM

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

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXCEPCIONAIS EFEITOS MODIFICATIVOS. OCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA DECISÃO. TEMA N. 150 DA REPERCUSSÃO GERAL. **UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS PARA CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.**

[...]

3. O Supremo, ao julgar o mérito do RE 593.818, ministro Roberto Barroso, Tema n. 150 da repercussão geral, fixou a tese segundo a qual 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal', o que contraria o decidido pelo acórdão embargado.

4. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso extraordinário."

(STF – RE 1.250.439/SP – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 19/10/2021 – DJe de 17/12/2021).

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):

"[...] constituíam 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

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

anos desde a extinção da pena do delito anterior.

Em suma, em havendo condenação anterior definitiva, mas ausente 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."

Na segunda fase, inexistentes circunstâncias atenuantes, o Juízo "a quo" reconheceu em desfavor do réu a agravante da reincidência, aliás, multirreincidência, porquanto possui quatro condenações com trânsito em julgado, todas por crime de estelionato (fls. 187/202 - processos-crime nºs. 0003877-81.2011.8.26.0318, 0003879-51.2011.8.26.0318, 0003880-36.2011.8.26.0318 e 0006118-91.2012.8.26.0318, cujos trânsitos ocorreram, respectivamente, em 10/08/2018, 09/05/2019, 22/02/2018 e 12/04/2017).

De saída, 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
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.
V O T O

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

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 consequências 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 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

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

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 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

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

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 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

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

anteriores. "*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, desmantelando-o no ponto consagrado 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 – Tribunal Pleno – Repercussão Geral - **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – j. 04/04/2013 – Dje de 03/10/2013).

Conveniente, ademais, ressaltar que inexistente "bis in idem" ou violação à Súmula n. 241, do STJ, porque a circunstância agravante se fez

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

reconhecer com base em processos-crime distintos daquele que serviu para o reconhecimento dos maus antecedentes criminais. Neste 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, estes, 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 - Rel. Min. EDSON FACHIN - Segunda Turma - j. em 22/02/2023 - DJe 03/03/2023);

"Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação transitada em julgado. Supressão de instância.

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

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 - **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** - 2ª T. - 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 - **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** - Segunda Turma - j. em 02/04/2013 - DJe 17/04/2013);

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

"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 - 1ª T. - 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 - 1ª T. - 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:

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

Entretanto, ostentando o réu mais de uma condenação

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

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 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).

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

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 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

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

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 identicamente 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:

"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

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

diversa."

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

Em que pese o reconhecimento da agravante da reincidência e da fração de aumento em 1/6, o Juízo de Origem manteve a pena no patamar inicial, **01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso**, o que, ante a inexistência de causas de aumento ou diminuição da pena, tornou-a definitiva. Malgrado, repito, saia o réu beneficiado com a indevida manutenção da pena no patamar mínimo ante o silêncio Ministerial.

O regime prisional para o cumprimento da pena continua sendo o **fechado**, o que mantenho, dados os maus antecedentes criminais e a plurirreincidência do réu, situação que enseja a imposição do regime mais severo, diante da particularidade do caso, a impedir a fixação de regime mais brando, segundo previsão do art. 33, §3º, do Código Penal.

Isso porque, a jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais gravoso para o réu que ostente circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes (caso dos autos), 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

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

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."

(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."

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

(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 NO HABEAS CORPUS. SOMENTE INOBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS OU FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. RAÇÃO DE 2/3. USO DE ARMA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. REGIME 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. Jesuino 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. ÔBICE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE

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

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).

Pela mesma razão acima elencada e por vedação legal, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, II e III, do Código Penal. Tampouco o "sursis", segundo o art. 77, I e II, do mesmo Código.

No que se refere à pena de multa, inviável a pretensão da defesa do réu, seja pela sua redução, afastamento ou isenção, posto que a sua fixação não consiste em mera faculdade, mas em dever do julgador do direito, por se tratar de sanção penal prevista no preceito secundário da norma incriminadora, a ser aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

Ademais, a condição econômica do réu pode ser considerada para determinar o valor a ser aplicado, de forma pragmática; no entanto, não tem o poder de dispensar completamente o seu pagamento, uma vez que essa penalidade possui natureza penal, conforme previsto na legislação.

Além do mais, no presente caso, o Juízo "a quo", não tendo parâmetros para determinar a situação financeira do réu ao fixar o valor dos dias-multa, considerou o menor montante possível, ou seja, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.



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

Logo, não há falar no afastamento da pena de multa.

Com essas considerações, **nego provimento ao apelo defensivo.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator