



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000399033

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1534915-45.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDIVAN JOÃO LEAL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO ao apelo defensivo, mantendo-se a r. sentença proferida, por seus próprios termos e fundamentos jurídicos. Providencie a z. serventia a expedição de ofício ao D. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba recomendando a retomada do regular andamento do processo nº 1500090-79.8.26.0545 em relação ao réu Edivan João Leal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1534915-45.2023.8.26.0050

Apelante: Edivan João Leal

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo (28ª Vara Criminal)

MMa. Juíza de Direito Dra. Fernanda Galizia Noriega

Voto nº 7013

Julgamento Virtual

Apelação Criminal – Furto qualificado pelo concurso de agentes – Sentença condenatória – Recurso defensivo – Pleito de absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, de desclassificação da conduta para o delito de estelionato, com a consequente extinção da punibilidade por ausência de representação; aplicação da pena-base no mínimo legal; redução da fração de aumento pela reincidência; e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito – Absolvição – Impossibilidade – Depoimentos firmes das testemunhas, respaldados pelas demais provas amealhadas nos autos – Descabida a desclassificação da conduta – Testemunhas induzidas a erro, permitindo o acesso dos agentes aos bens subtraídos, sem entrega voluntária – Hipótese que não se confunde com estelionato – Condenação mantida – Dosimetria – Primeira fase – Fixação idônea da pena basilar acima do mínimo legal que não comporta reforma – Personalidade do réu e condenação definitiva por fato anterior ao ora apurado apta a configurar mau antecedente – Segunda fase – Adequada, in casu, a exasperação da pena na fração de 1/3 em decorrência da reincidência específica – Sanções penais anteriores, por crimes idênticos que não alcançaram as finalidades de repreensão, retribuição e ressocialização, a demandar repreensão mais severa da conduta – Ausentes majorantes ou minorantes – Regime semiaberto de rigor – Inaplicabilidade das benesses previstas nos artigos 44

e 77 do CP, tratando-se de réu reincidente específico e que ostenta maus antecedentes – Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Edivan João Leal** contra a r. sentença de fls. 169/174, que julgou procedente a ação e o condenou por infração ao artigo 155, §4º, IV, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, regime semiaberto, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no piso.

Irresignada, a Defesa busca a absolvição do réu por insuficiência probatória ou, subsidiariamente: a desclassificação da conduta para o delito de estelionato, com a consequente extinção da punibilidade por ausência de representação; a aplicação da pena-base no mínimo legal; a redução da fração de aumento pela reincidência; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (fls. 178/187).

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 197/203).

Após, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo

improvemento do recurso. (fls. 214/222)

Não houve oposição ao Julgamento Virtual.

É o relatório.

Consta da denúncia que: “no dia 11 de julho de 2023, por volta das 13h00, na Rua Dom Luis Felipe de Orleans, nº 822, Vila Maria, nesta Capital, **EDIVAN JOÃO LEAL**, qualificado à fls. 09, agindo em concurso e unidade de desígnios com indivíduo não identificado, subtraiu, para proveito comum, 200 (duzentas) unidades de caixa plástica para armazenar pães, pertencentes ao Supermercado Santa Maria Ltda., representado por Vagner Jesus de Almeida.

Segundo consta, no dia dos fatos, o denunciado e seu comparsa compareceram no estabelecimento vítima na condução do veículo Hyundai/HR, placas JRT7A99 e, após se apresentarem como funcionários da empresa 'Bimbo', informaram que iriam retirar caixas de produtos vazias para reposição.

Ocorre que, um dos funcionários estranhou a situação, haja vista que o próprio estabelecimento reutiliza as caixas e fica responsável pela sua reposição junto ao fornecedor, e alertou seus superiores.

Nesse momento, os dois indivíduos empreenderam fuga do local, subtraindo cerca de 200 caixas plásticas.

*A partir do emplacamento do veículo utilizado pelos criminosos no dia dos fatos, os policiais diligenciaram no sentido de localizar seu proprietário, sendo informado por Umberto Nascimento que o veículo havia sido locado a **EDIVAN**, para a realização de fretes (fls. 07).*

*Apresentadas imagens da câmera de segurança do supermercado, Umberto reconheceu **EDIVAN** como o indivíduo para quem locou o automóvel (fls. 08).*

***EDIVAN** não foi localizado (fls. 21/23).” – (fls. 31/32)*

E, na análise dos argumentos deduzidos em grau de recurso, forçoso reconhecer, desde logo, que o improvimento do apelo se impõe.

A materialidade do delito foi comprovada pela portaria instaurada (fl. 2), boletim de ocorrência (fls. 3/4), relatório de investigações (fls. 21/23), bem como pela prova oral.

A autoria é inconteste.

Na fase indiciária, **o réu Edivan** não foi localizado (fl. 23).

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, exerceu o direito de permanecer em silêncio (fl. 172).

Nesse sentido, considerando-se que bem compilada a prova oral produzida nos autos, fica adotada, transcrevendo-se, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pelo D. Juízo *a quo*:

“Umberto, a vítima, reconheceu o réu em juízo e não o conhecia antes dos fatos. Relatou que não tem conhecimento da situação. Foi registrado boletim de ocorrência a respeito disso e foi chamado para falar isso. Locaram seu carro para prestação e serviços. É prestador de serviços e trabalha com isso. Foi convocado para explicar por que seu veículo estava lá. A pessoa que reconheceu foi a que locou seu carro para coletar reciclagem. Foi lá para mostrar que tinha locado o carro e era uma ação comercial e por isso seu carro estava lá. Não sabia o que eles estavam fazendo com o carro. Passou o rastreamento do carro para eles. Deu apenas o acompanhamento do rastreamento do veículo. Os policiais ficaram com o rastreamento por dois dias, acompanhando o carro. O carro era devolvido diariamente. Trabalhava de noite e o carro ficava ocioso ao dia e locou entre meio dia e 16/17 horas. Eles ficavam com o carro enquanto o declarante ficava descansando. Edvan mora próximo de sua região e conheceu ele através de um serviço que fez para eles mesmos e depois ele fez a proposta de locação do carro para prestação de serviços. Não fez contrato de locação. Foi conversa de whatsapp. Foram poucos dias de

serviço. Apresentaram tudo isso na delegacia. Fez fretes anteriores com Edvan e foi isso que gerou a locação.

Vagner, representante da vítima, relatou que encostou um veículo no depósito que tem do mercado, uniformizados com uniforme da Bimbo, Panco. Tem costume da empresa ir retirar as caixas. Eles entraram no galpão uniformizados e Jerson não percebeu. Eles começaram a retirar as caixas e o conferente viu que era um pessoal desconhecido. O conferente percebeu, questionou e eles acabaram se evadindo. Reginaldo conseguiu tirar foto do veículo. Contaram as caixas e faltavam caixas. Não sabe se foi uma vez ou mais que fizeram isso. Só viram eles uma vez. Nas outras vezes o pessoal da Bimbo mesmo ia buscar. Ninguém comentou nada de faltar caixa, pode ter sido uma vez só. A Bimbo só sentiu falta no dia dos fatos. Fizeram inventário e ligaram na Bimbo e eles falaram que não tinham mandado ninguém retirar as caixas. Através do inventário descobriram as 200 caixas e viram filmagens dele carregando o veículo. Não sabe das investigações, se o veículo foi localizado.

Reginaldo, funcionário da empresa vítima, relatou que encostaram um carro para retirar as caixas, um funcionário achou estranho, foi até lá confirmar o que o ocorria, a pessoa disse que foi autorizado. Eles fecharam o caminhão e se evadiram, abandonando

caixas, conseguiu tirar fotos das placas. Foi a primeira vez que viu as pessoas e o caminhão. Viu um com a camiseta da Panco, esse que conversou com o depoente. Eles subtraíram cerca de duzentas caixas, fizeram a contagem com o pessoal da Bimbo. Não tem condições de reconhecer a pessoa com quem falou. Não soube do resultado das investigações.

***Gerson** relatou que eles falaram que eram da Bimbo e iam retirar as caixas. Reginaldo percebeu que era mentira, ele conseguiu parar os caras e tirar a foto. Não viu a quantidade, mas depois soube que foram aproximadamente 200 caixas. Mas o depoente não contou. Eles carregaram o caminhão mais de uma vez, até que Reginaldo chegou. Eles estavam com uniforme da Bimbo, da Pulman. Acha que foram uns dois. Não soube se identificaram alguém. No dia foram ouvidos na delegacia. Eles entraram no depósito da empresa e falaram que eram da Bimbo. Os funcionários deixaram ele entrar, mas não sabiam que não podiam retirar. Acharam que eles eram da Bimbo mesmo e deixaram eles pegarem as caixas.*

***Jorge, policial civil**, relatou que o pessoal do Supermercado Santa Maria fez o boletim de ocorrência, citaram o furto e um veículo que eles anotaram a placa, era um HR, caminhão pequeno.*

Falaram que a pessoa tinha entrado no mercado vestido como se fosse

prestador de serviço de empresa que fabrica pães. Ele entrou e começou a retirar as caixas, colocou no caminhão, alguém desconfiou, ele percebeu e saiu. Um funcionário do mercado havia anotado a placa, informou na delegacia, levantaram o veículo, intimaram o proprietário e ele informou que tinha locado o carro para uma pessoa, que seria o réu. Mostraram imagens para o proprietário do veículo e ele confirmou que era a pessoa para quem ele alugou o caminhãozinho. Começaram a levantar, fazer pesquisas e se não se engana eram três ou quatro ocorrências de furto de caixas plásticas de pães com o Edvan como indiciado. Chegaram em endereço em Osasco, a irmã dele atendeu e disse que ele não morava lá fazia mais de um ano, deixaram intimação, mas ele não apareceu. Tiveram acesso ao rastreador do caminhão, um ou dois dias, mas dava delay, não foi funcional. O proprietário ficou com receio. Parece que ele alugou o caminhão para o rapaz que morava em uma comunidade no final da rua dele. Não teve contato pessoal com o réu. Foram em dois endereços dele. Não localizaram nada em relação ao réu. O dono do veículo pediu para não rastrear mais. As caixas não foram recuperadas. Não chegaram a encontrar as caixas. O pessoal de supermercado diz que eles levam a caixa para algum lugar, para moer e virar matéria prima. Edvan tem 4 ocorrências de furto dessas caixas, sempre com veículos que ele alugava.” (fls.

169/172)

De tal modo, diante de todos os elementos obtidos no curso da instrução, verifica-se que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal do apelante pelos fatos narrados na exordial acusatória.

Os funcionários do estabelecimento vítima – Gerson, Reginaldo e Vagner – narraram que dois indivíduos uniformizados com trajes das empresas Bimbo e Panco ingressaram no depósito, informando que retirariam caixas plásticas para reposição. Quando a situação levantou suspeitas, os indivíduos rapidamente se evadiram do local, levando consigo aproximadamente 200 caixas. Embora os funcionários não tenham reconhecido a fisionomia do réu, conseguiram anotar a placa do veículo, o que possibilitou a investigação e identificação do apelante como condutor do veículo locado.

Note-se que, nos delitos patrimoniais, a declaração da vítima – ou de eventuais representantes, como *in casu* – é de indiscutível importância para a busca da verdade real, uma vez que não teria motivo algum para, levianamente, alterar a dinâmica dos fatos e, então, incriminar inocentes, sendo seu único interesse ver responsabilizados aqueles que lhe acarretaram prejuízo material.

Nesse sentido:

“...Cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios, quais sejam o reconhecimento feito pela vítima na Delegacia e os depoimentos das testemunhas colhidos em Juízo...”

(STJ, AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017);

“...Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos...” (STJ, AgRg no AREsp 1250627/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018).

O policial civil Jorge confirmou que a partir da placa informada foi possível identificar o proprietário do veículo, que, por sua vez, indicou o réu como locatário. Relatou ainda que Edivan é investigado por outras ocorrências semelhantes, envolvendo subtração de caixas plásticas mediante o mesmo *modus operandi*.

apelante como a pessoa que locou o veículo utilizado para transportar os bens subtraídos.

No ponto, não prospera a tese defensiva que busca desqualificar o testemunho de Umberto por suposto interesse pessoal, pois não há nos autos qualquer indício de que o referido tenha envolvimento com os fatos ou agido com parcialidade. Pelo contrário, prestou depoimento coeso, esclarecendo que alugava o veículo para Edivan em períodos diurnos, mediante acordo informal, (via *WhatsApp*), prática comum em serviços de frete.

Lado outro, em sede policial, apurou-se o envolvimento do apelante em diversos outros furtos de caixas de plásticos para transporte de pão forma, conforme boletins de ocorrência relacionados a fl. 22.

Além disso, o réu não teve interesse em se defender nos autos, deixando de prestar sua versão sobre os fatos em juízo, comportamento que embora não sirva para imputar-lhe qualquer responsabilidade, se presta a reforçar convicções, já que é normal do ser humano o inconformismo quando levemente acusado de fato criminoso.

Neste sentido, a jurisprudência:

"Embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável ao réu, pois a reação normal do inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência, e não se reservar para prestar esclarecimentos apenas em Juízo" (TACRIM/SP 739/626).

De se ressaltar também que a Defesa não trouxe qualquer elemento de convicção capaz de realmente depreciar as provas acusatórias já mencionadas (art. 156, do CPP), eis que não evidenciada qualquer intenção de graciosamente prejudicar o réu no caso concreto.

Não há se falar, pois, em insuficiência probatória no caso concreto, tampouco embasadora do *in dubio pro reo*.

Igualmente, não cabe a desclassificação do crime de furto qualificado para o de estelionato.

Isso porque no estelionato a vítima é mantida em erro e acaba por fornecer vantagem ilícita ao sujeito ativo de forma consentida e voluntária.

In casu, restou demonstrado que os agentes se utilizaram de uniformes falsos para obter acesso ao depósito e subtrair as caixas. Tal circunstância configurou mero subterfúgio à derradeira subtração de coisa alheia móvel, tanto que sequer entendeu-se pela

incidência da agravante prevista no art. 155, inciso II do Código Penal. Ademais, a entrega foi passiva e inconsciente, não havendo que se falar em estelionato ou, por conseguinte, em extinção da punibilidade por ausência de representação.

Neste sentido:

“Distinção: o furto praticado mediante fraude não se confunde com o crime de estelionato. No primeiro tipo (CP, art. 155, §4º, II, 2ª figura), a fraude é empregada para iludir a atenção ou vigilância do ofendido, que nem percebe que a coisa lhe está sendo subtraída. No estelionato, ao contrário, a fraude antecede o empossamento da coisa e é a causa de sua entrega ao agente pela vítima; esta entrega a coisa iludida, pois a fraude motivou o seu consentimento” (Celso Delmanto e outros, Código Penal Comentado, 5ª edição, Ed. Renovar, pág. 317).

Destarte, a condenação pelo crime de furto qualificado (concurso de agentes), era mesmo medida de rigor.

Passa-se à análise da pena.

Na primeira fase, verifica-se que o douto Juízo *a quo* fixou a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 2 anos e 4 meses de reclusão, *considerando que o réu registra diversos envolvimento com a prática de delitos patrimoniais, a*

demonstrar personalidade voltada para a prática delitiva (fl. 173).

Com efeito, sopesados os elementos norteadores do art. 59 do Código Penal, idônea é a fundamentação para a exasperação da pena-base, bem como adequado o percentual de aumento eleito, não comportando qualquer reforma.

De mais a mais, verifica-se que o réu foi condenado definitivamente nos autos do processo 1507992-21.2019.8.26.0050 (fl. 45), por fato anterior (19.03.2019), cujo trânsito em julgado definitivo se deu em 25.04.2024 (fl. 472), tratando-se, portanto, de registro apto a configurar mau antecedente e justificar o aumento imposto.

A propósito, confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CRIME PRATICADO ANTES DA DENÚNCIA OBJETO DESTE RECLAMO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e impedir a concessão da substituição da pena

privativa de liberdade por restritivas de direito, pois diz respeito ao histórico do apenado (art. 44, III, do CP). 2. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1486797/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Órgão Julgador: Sexta Turma, j. em 07/05/15) – grifei.

Frise-se, ainda, *mutatis mutandis*, que o “**legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado**” (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência específica (1500090-79.8.26.0545 - fls. 44/45), foi fixada a majoração da pena em 1/3 (um terço), pois entendeu a i. Magistrada que a recidiva específica demanda repreensão mais severa da conduta.

E, em que pesem os esforços da combativa defesa, esta relatoria entende que a solução deve ser mantida.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 2003716/RS (Tema 1172), fixou a seguinte tese:

"A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso ".

In casu, o excepcional incremento da pena em fração superior a 1/6 justifica-se pelo fato de que as sanções penais anteriores – já que, como dito alhures, além de reincidente ostenta maus antecedentes, **por crimes idênticos** –, não alcançaram as suas finalidades, quais sejam, repreensão, retribuição e ressocialização – do que exsurge o elevado grau de reprovação do injusto cometido.

E não bastasse os feitos já mencionados na primeira e nesta etapa da dosimetria, Edvan ostenta ainda condenação em primeiro grau nos autos do processo nº 1500090-79.8.26.0545 em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba (consultados por esta Relatoria via E-SAJ), mas que, *s.m.j.*, estão sem regular andamento em relação ao apelante desde a prolação da sentença ocorrida em 05.05.2017, havendo posteriormente apenas a certidão de trânsito em julgado para o Ministério Público 22.05.2017 e a expedição de mandado de prisão em relação ao corréu. Feito que também versa sobre o furto de caixas de armazenamento de pães de forma, a reforçar a expertise do sentenciado em tal prática delitiva.

Ora, é cediço que o histórico criminal do réu pode e deve ser considerado especialmente reprovável quando as condenações anteriores nele constantes são múltiplas, ou quando ocorre a reincidência específica. A conclusão é lógica, considerando-se mais reprovável a conduta daquele que se dedica à prática de variados delitos, assim como a daquele que se especializa em um *modus operandi*, fazendo, das duas formas, do crime seu modo de vida.

Vale dizer, é lícito concluir que o indivíduo que, repreendido pelo Poder Público, torna a cometer a mesma conduta delituosa, ou que se dedica à prática de diversos delitos, demonstra inabilidade de reinserção no meio social ordeiro, de modo que a resposta estatal deve ser mais severa.

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

***“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL -
HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DELITO DE
ESTELIONATO. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL.
PRESENÇA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, NO CASO,
ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DE 1/6.
ADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE
INGRESSAR-SE, NESTA SEDE, NOS CRITÉRIOS EMPREGADOS***

PARA A DOSIMETRIA DA PENA, SALVO FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - O habeas corpus, ressalvadas hipóteses excepcionais, não pode servir para a correção da dosimetria da pena imposta pelo magistrado, mormente se observadas as determinações legais pertinentes ao sistema trifásico de cálculo. II - Ausência de limitação legal quanto ao aumento da pena acima da fração mínima. III - A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime. IV - Individualização da pena que, no caso, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. V - Ordem denegada.” (HC 101918, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 11-05-2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-03 PP-00640) (g.n.)

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, já se decidiu nesta C. Corte de Justiça:

“Juízo de Retratação. Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Recurso devolvido à Turma Julgadora, em cumprimento ao disposto no artigo 638 do Código de Processo Penal e artigo 1030, II, do Código de Processo

Civil. Análise da exasperação da pena em fração mais gravosa que 1/6 em decorrência da reincidência específica ostentada pelo réu, ante o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Repetitivo 2.003.716/RS (Tema 1172). Dosimetria. Circunstâncias judiciais desfavoráveis e maus antecedentes que impõem a exasperação da pena-base, mantendo-se o percentual de um terço (1/3) estabelecido em sentença. Recrudescimento da pena na segunda fase da dosimetria em um terço (1/3) em virtude da reincidência específica ostentada pelo réu. Inaplicável o redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Regime fechado mantido. Recurso não provido. V. Acórdão mantido, com determinação. (Apelação Criminal 1500285-57.2023.8.26.0536; Relator (a): Freddy Lourenço Ruiz Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 16/05/2024)

Neste diapasão, *in casu*, a agravante da reincidência específica admite o agravamento em patamar superior à fração mínima de 1/6, qual seja, a majoração em 1/3, ficando mantida a pena intermediária fixada em **03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de (catorze) dias-multa, no piso**, a qual, à mingua de circunstâncias modificadoras na terceira etapa, foi tornada definitiva.

No mais, observo que, a despeito do *quantum* de pena aplicado, o réu é reincidente e ostenta maus antecedentes, motivo pelo qual entendo bem justificada a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, que poderia até ser o fechado.

A respeito, o Col. Superior Tribunal de Justiça:

“O cumprimento da reprimenda fixada em montante inferior a 4 anos de reclusão, quando não-reincidente o réu, poderá ser iniciado em regime aberto” (HC 121.604/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009).

“O réu reincidente condenado à pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos e que tenha circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto” (AgRg no HC 466.655/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019).

“Em que pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de detenção, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do CP” (HC

538.920/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019).

Ademais, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos na espécie, não só porque ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, tratando-se de réu reincidente – específico, inclusive – e que ostenta mau antecedente, mas também pela evidente insuficiência da medida diante do que foi acima exposto.

Nesse sentido, o entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Quanto à alegada ofensa ao art. 44, § 3º, do Código Penal - CP, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é possível quando existente condição de reincidência do réu, ainda que não seja específica. 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp n. 1.670.024/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 10/6/2020.)

Pelas mesmas razões, inviável também a concessão do *sursis* penal (art. 77 do Código Penal).

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo defensivo, mantendo-se a r. sentença proferida, por seus próprios termos e fundamentos jurídicos.

Providencie a z. serventia a expedição de ofício ao D. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba recomendando a retomada do regular andamento do processo nº 1500090-79.8.26.0545 em relação ao réu Edivan João Leal.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora