



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000426830

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1509585-04.2019.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante DAIANA SALUSTIANO DE ARAUJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1509585-04.2019.8.26.0562

Apelante(s): Daiana Salustiano de Araujo

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 5ª Vara Criminal do Foro de Santos

Voto nº 38581

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

A apelante foi condenada por furto, à pena de 01 ano de reclusão em regime aberto e 10 dias-multa, substituída por prestação de cesta básica. A defesa apelou alegando direito ao acordo de não persecução penal, escusa do artigo 182 do Código Penal, atipicidade do fato e insuficiência probatória, além de requerer substituição da pena alternativa.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de acordo de não persecução penal, (ii) a aplicação da escusa absolutória do artigo 182 do Código Penal, e (iii) a análise da atipicidade do fato e da suficiência probatória.

III. Razões de Decidir

3. O acordo de não persecução penal não foi realizado devido à ausência da ré na audiência, não sendo cabível sua insurgência contra fato próprio.

4. A escusa do artigo 182 do Código Penal não se aplica, pois não há coabitação entre a apelante e a vítima.

5. A materialidade e autoria do furto foram comprovadas por boletim de ocorrência e depoimentos, sendo a versão da ré desamparada de provas. A conduta é típica, com dolo evidenciado pela subtração de bens.

IV. Dispositivo e Tese

5. Rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso, mantendo a condenação e a pena substitutiva.

Tese de julgamento: 1. A ausência da ré na audiência inviabiliza o acordo de não persecução penal. 2. A escusa absolutória do artigo 182 do Código Penal requer coabitação, não presente no caso. 3. A palavra da vítima, corroborada por provas, sustenta a condenação.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 155, caput; art. 182, III.

Código de Processo Penal, art. 156.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que a apelante foi condenada como incurso

¹ Folhas 277.

no artigo 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão, no regime inicial aberto e pagamento de 10 dias-multa. Substituiu-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, a saber: prestação inominada, consistente em entrega de uma cesta básica, no valor de um terço do salário-mínimo, em favor de entidade com destinação social a ser indicada na fase de execução da pena.

A ré apelou² preliminarmente ter direito ao acordo de não persecução penal. Sustentou ainda incidir escusa do artigo 182 do Código Penal pelo fato de a ré ser sobrinha da vítima e não ter havido representação. No mérito sustentou ser o fato atípico ante a intervenção mínima ou por insuficiência probatória. Subsidiariamente requer a substituição da pena alternativa por limitação de fim de semana.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

Da preliminar relativa ao acordo de não persecução penal

Sustentou a defesa ser cabível acordo de não persecução penal.

A tentativa de acordo não pôde ser realizada inicialmente pela não localização da ré⁵. Ou seja, não houve possibilidade de acordo justamente porque a acusada não compareceu à audiência designada para a homologação da avença⁶.

Considerando-se que o acordo de não persecução penal não foi aperfeiçoado em razão de fato imputável somente à própria recorrente, repugna à boa-fé

² Folhas 315.

³ Folhas 325.

⁴ Folhas 343.

⁵ Folhas 113, 145 e 175.

⁶ Folhas 145 e 175.

objetiva que, agora, ela venha se insurgir contra fato próprio.

Da preliminar relativa à condição de procedibilidade

Sustentou a defesa incidir escusa do artigo 182, III do Código Penal, o qual pressupõe dois requisitos: haver relação entre tio e sobrinho e, coabitação.

No caso em tela o segundo requisito não está demonstrado.

Pouco importa que a apelante tenha sido criada pela ofendida até certa idade, ou que a vítima detenha a guarda do filho da recorrente. Importa sim que, ao tempo dos fatos, a apelante não coabitava com a ofendida, razão pela qual não incide aqui qualquer escusa absolutória.

Do mérito

O boletim de ocorrência⁷ e a prova oral, em especial a vítima, que relata a subtração, comprovam a materialidade do furto.

Quanto à autoria, a acusada negou a prática delitiva. Somente subtraiu a cachorra para a vítima sentir o que ela estava sentindo, pois contou que o marido da vítima abusou dela dos 7 aos 12 anos. Somente levou o cachorro e a pessoa que estava consigo pegou o celular que foi posteriormente devolvido. Não subtraiu outros itens.

A negativa da acusada, contudo, não merece prosperar.

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

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer

⁷ Folhas 03.

por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA⁸, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, do acusado e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

GUSTAVO BADARÓ⁹ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

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

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

ESPÍNOLA FILHO¹⁰, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova,

⁸ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

⁹ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹⁰ *In*: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”*¹¹.

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

Deste modo, deve-se afastar a versão da ré.

A vítima disse que a ela e o marido tinham saído de casa e quando voltaram a ré tinha entrado na sua casa com algumas pessoas e subtraído bens, como relógio e o controle do prédio onde o marido trabalha. Também foram subtraídos brincos e outros objetos. O cachorrinho e o celular lhe foram entregues, mas o restante das coisas não. Pelo que sabe a ré entrou com outros dois rapazes. A ré não morava com a depoente. O cachorro e o celular foram devolvidos cerca de dois ou três dias depois.

A ofendida confirma a subtração de seus bens pela acusada. Não há motivos para se duvidar de tal declaração.

Como, nos termos supra, ficou descrita conduta que se adequa ao injusto penal, apontando quem o praticou, necessária análise do valor de tal declaração.

Neste sentido existe a possibilidade de vítima, por ser objeto material do crime, ser levada pela paixão, ódio, ressentimento e emoção, procurando narrar os fatos como lhe pareçam convenientes. Aliás, mesmo sem a nítida intenção de prejudicar quem quer que seja, pode em face da

¹¹ Ob. Cit. – p. 455.

intensa comoção decorrente do crime, desvirtuar os fatos, ainda que acredite que os narra com fidelidade.

Embora tal possibilidade mostre-se possível, não se pode simplesmente descartar declaração de vítima.

Toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz.

Portanto, não se pode excluir tão somente pela condição de vítima, sendo indispensável à análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹² que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considera-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”¹³.

Por tais motivos a declaração de vítima só deve ser vista com reservas quando verificar-se a existência de incongruências.

Desta forma não há que falar-se na validade da regra romana, inserida no Digesto¹⁴, no sentido de que “*nullus idoneus testis in re sua intelligitur*”.

Tanto assim que MANZINI¹⁵ afirma que “o ofendido, seja ou não denunciante, querelante ou parte civil, tem plena capacidade testemunhal, e torna-se, efetivamente, testemunha, para todas as consequências de direito”.

¹² *La logica delle prove in materia criminale* – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

¹³ Citado por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, in: *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* – 6ª. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. 3 – p. 78.

¹⁴ Livro 22 – tít. V – l. 10.

¹⁵ *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice* – 1932 – v. III – p. 201.

No caso dos autos não se vislumbra incongruências, tanto que a declaração de vítima mostra-se segura e sem vislumbres de sofrer qualquer desvirtuamento em face da comoção do crime ou eventual interesse em prejudicar a pessoa processada.

Nestes termos, possível o decreto condenatório lastreado tão somente em declaração de vítima, posicionando-se neste sentido SOUZA NUCCI¹⁶ ao afirmar: *“sustentamos poder a palavra isolada da vítima dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, além de harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”*.

No mesmo sentido EDUARDO ESPÍNOLA FILHO¹⁷ ao dizer: *“quando não há interesse, costuma-se dar muito apreço à imputação da vítima, apontando o autor do crime, que a fere”*.

Em crimes de roubo e furto, usualmente praticados de forma clandestina, a palavra da vítima mostra-se altamente relevante, uma vez que na maioria dos casos é a única prova de autoria.

TOURINHO FILHO¹⁸ diz que *“é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos ‘qui clam comittit solent’ – que se cometem longe dos olhares de testemunhas – a palavra da vítima é de valor extraordinário”*.

Também EDUARDO ESPÍNOLA FILHO¹⁹ defende o valor de depoimento da vítima nestes casos, relatando que *“existem muitos crimes cuja prova se torna impossível, sem se dar um valor preponderante às informações da própria vítima”*.

Por fim, destaca-se que alegação de intenção de vítima prejudicar inocente deve ser afastada de plano, visto que ela, mais do que ninguém, tem o interesse em acusar apenas o culpado, posto que agindo em sentido contrário levaria à impunidade daquele que a prejudicou.

¹⁶ Código de Processo Penal Comentado – RT – 11ª ed. - 2012 – p. 465.

¹⁷ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 59.

¹⁸ Processo Penal – 3ª ed. – Bauru: Editora Jalovi Ltda. – 1977 – v. III – p. 183.

¹⁹ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 55.

Como diz EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²⁰ “seria inconcebível a falsa acusação de um inocente, com o efeito mediato de firmar a impunidade do agente culpado”.

Neste sentido esclarece FRAMARINO DE MALATESTA²¹, que “a animosidade pelo ofensor não pode ser considerada como motivo de suspeita contra o ofendido, quanto à designação do delinquente. O ofendido, nessa sua qualidade, não pode ter animosidade senão contra o verdadeiro ofensor; e por isso dizer ao ofendido: - não acreditamos na tua palavra indicativa do delinquente, porque tu, como ofendido tens ódio contra ele – é uma verdadeira e flagrante contradição; é reconhecer a verdade da indicação, querendo tolher-lhe a fé. Quando, pois, a aversão contra o ofensor derivasse de causa estranha ao crime, então a razão de suspeita não estaria mais na qualidade de ofendido, mas na de inimigo, qualidade esta que, como vimos, expondo os critérios gerais em seu lugar, deprecia qualquer testemunho, mesmo de terceiro, e não tem que ver com os motivos de suspeita particularmente inerentes à qualidade de ofendido, dos quais nos ocupamos aqui”.

Desta forma, plenamente válida declaração de vítima.

O informante Márcio, irmão da vítima João, disse que a ré esteve lá e pegou a cachorrinha, bem como uma mochila com celular e controle remoto de portaria, porém tais bens foram devolvidos. A devolução foi rápida.

De todo modo, ante a declaração da vítima de rigor a comprovação da autoria delitiva.

Inviável se falar em atipicidade ou ausência de dolo.

A própria ré relata que não entrou no imóvel sozinha, de modo que, ainda que não tenha havido aditamento da peça acusatória para a imputação do delito mediante concurso de agentes, o fato de ter ingressado no imóvel na companhia de outra pessoa descibiliza a alegação de que queria levar apenas o animal de estimação para fazer a tia sentir a dor que estava sentindo, o que poderia fazer sozinha, e robustece o dolo consistente no desejo de apoderar-se,

²⁰ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 59.

²¹ Lógica das provas em matéria criminal – vol. 02 – São Paulo: Saraiva – 1960 – p. 123/124.

definitivamente, da coisa alheia, que no caso ultrapassou o animal de estimação, englobando os outros bens arrolados no boletim de ocorrência e apenas parcialmente restituídos, motivo pelo qual não há que se falar em atipicidade da conduta.

No mais, o delito se consumou, visto que alguns bens sequer foram restituídos.

Passo a análise da dosimetria da pena.

Ao final das três fases mantenho a reprimenda no mínimo, qual seja, 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Mantenho o regime aberto.

De rigor também a manutenção da pena de prestação pecuniária no valor de um terço do salário-mínimo, em favor de entidade com destinação social a ser indicada na fase de execução da pena. Não cabe à acusada optar pela pena que prefere. Ademais, o montante fixado não se mostra exagerado, podendo ser mantido.

Ante o exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES e NEGÓ PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica