



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

**Registro: 2025.0000435698**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001268-68.2016.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante BRUNO LEANDRO BUGATI PAIVA, 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 TOLOZA NETO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

**AIRTON VIEIRA**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



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

**Apelação Criminal n. 0001268-68.2016.8.26.0248**

**Apelante: Bruno Leandro Bugati Paiva**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Idaiatuba**

**MM. Juiz de Direito: José Eduardo da Costa**

**Voto n. 12.971**

APELAÇÃO DEFENSIVA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. (1) AUTORIAS E MATERIALIDADES COMPROVADAS. (2) ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. RÉU QUE SE APROPRIOU DE VALORES 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) RECONHECIDA A CONTINUIDADE DELITIVA. (6) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (7) DOSIMETRIAS. PENAS-BASE ESTABELECIDAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS. (8) REGIME PRISIONAL SEMIABERTO É O QUE MELHOR SE AJUSTA AO CASO DOS AUTOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. (9) DESCABIDA A SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS CORPORAIS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, MERCÊ DOS MAUS ANTECEDENTES. (10) IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Autorias e materialidades comprovadas com relação aos crimes de apropriação indébita majoradas e consumadas, 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 ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a

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

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. Dosimetria das penas. Penas-base exasperas em razão dos maus antecedentes criminais. As condenações definitivas por processos criminais anteriores, com trânsito em julgado posterior à data da prática dos fatos ora analisados, embora não possam gerar reincidência, são aptas a caracterizar maus antecedentes. Inteligência da doutrina de Guilherme de Souza Nucci, A. Silva Franco e J. Belloque. Precedentes do STF (ARE 1.289.175 AgR/PR – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 21/09/2021 – DJe de 07/02/2022; RHC 194.878/SP – Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 29/03/2021 – DJe de 01/06/2021; HC 82.202/RJ – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – 2ª Turma – j. em 29/10/02) e do STJ (AgRg no HC 787.554/PE – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023; AgRg no HC 768.871/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022; AgRg no AREsp 35.077/SP – Rel. Min. Marco Aurélio Belizze – 5ª Turma – j. em 02/04/2013).

6. Concurso de causas de aumento. O Juízo "a quo" incorreu em equívoco ao realizar o concurso de causas de aumento, ao deixar de aplicar a majorante prevista no art. 168, §1º, III, do Código Penal (que impõe acréscimo de 1/3 da pena ao agente que recebe a coisa em razão de ofício, emprego ou profissão), limitando-se a aplicar apenas o aumento de 2/3, baseado na

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

continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal). A referida supressão mostrou-se incorreta e beneficiou indevidamente o réu, porque a continuidade delitiva não exclui a incidência de outras causas de aumento legalmente previstas, as quais devem incidir de forma cumulativa e sucessiva. O Magistrado de Origem deveria ter incidido a majorante do crime de apropriação indébita e sobre uma das penas, porque iguais, incidido o acréscimo de 2/3 pela causa de aumento relativa à continuidade delitiva. Entretanto, tal equívoco não poderá ser corrigido nesta instância recursal, em respeito à vedação da "non reformatio in pejus", prevalecendo, assim, o favor imerecido ao réu.

7. A fração de majoração da pena nos crimes continuados, em conformidade com a diretriz acolhida nos Tribunais Superiores, deve levar em conta o número de crimes. Precedentes do STF (HC 134.327/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – j. em 11/05/2016 – DJe de 16/05/2016) e do STJ (AgRg no HC 737.897/SP – Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) – Sexta Turma - j. em 8/11/2022 – DJe de 11/11/2022).

8. Regime prisional semiaberto para o réu, mercê da circunstância judicial negativa. A jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais gravoso para o réu que ostente circunstância judicial negativa (caso dos autos) ou reincidente. 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 AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022) e do STJ (AgRg no HC 740.038/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022; AgRg no HC 604.483/SP – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020).

9. Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, I e III, do Código Penal.

10. Recurso defensivo que não comporta provimento.

**VOTO**

**Bruno Leandro Bugati Paiva** foi denunciado como incurso nas penas do art. 168, §1º, III, por diversas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal (fls. 76/77).

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

A denúncia foi recebida em 18 de outubro 2017 (fls. 78/79).

Em 29 de maio de 2020, tendo em vista que o réu não foi citado pessoalmente e não constituiu defensor, o Juízo de Origem decretou a suspensão do processo e do fluxo do prazo prescricional (fls. 125). Na data de 24/05/2022, a defesa do réu requereu habilitação nos autos, demonstrando inequívoco conhecimento da ação penal, oportunidade em que o Juízo de Origem deu o réu como citado pessoalmente, o que levantou a suspensão do processo a partir de 11 de outubro de 2022 (fls. 184).

Recebida e ratificada a denúncia, sobreveio audiência de instrução, debates e julgamento, oportunidade em que o réu se viu condenado, nos termos da denúncia, à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, regime semiaberto e 20 (vinte) dias-multa, diária mínima (fls. 273/277).

Inconformada com a sentença condenatória, recorreu **a defesa do réu**, pleiteando, em apertada síntese, a sua absolvição por insuficiência de provas. Alternativamente, requereu o abrandamento da pena, mediante o decote da "reincidência" (fls. 297/304).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento da apelação interposta pelo réu, mantendo-se a sentença nos termos em que proferida (fls. 307/309).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 318/321).

**É o relatório que se acresce ao da sentença.**

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

O apelo defensivo não merece ser acolhido.

O réu **Bruno Leandro Bugati Paiva** foi denunciado como incurso nas penas do art. 168, §1º, III, por diversas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

"[...]

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no período compreendido entre junho de 2014 até julho de 2015, na sede da empresa *Bugati Empreendimentos Imobiliários Eireli*, situada na Rua 13 de Maio, nº 53, Centro, nesta cidade e comarca de Indaiatuba, **BRUNO LEANDRO BUGATI PAIVA**, identificado à fl. 10, por diversas vezes, apropriou-se de valores de que tinha a posse ou detenção, em razão de profissão, em prejuízo de *Maristela Maschietto Magnusson Mastroianni*.

Conforme restou apurado, o denunciado era representante da supracitada empresa, a qual administrava contratos de locação firmados entre proprietários-locadores que procurassem os seus serviços e locatários, recebendo comissão pelo trabalho prestado.

Assim, o valor acordado no contrato de locação era pago pelo locatário à empresa BUGATI, que retirava a parte concernente a sua comissão e repassava o resto do valor ao respectivo locador.

Ocorre que, no lapso temporal mencionado acima, BRUNO, através de sua empresa, apropriou-se dos valores pagos a título de IPTU pelo locatário da vítima, totalizando um prejuízo de R\$ 840,77 (oitocentos e quarenta reais e setenta e sete centavos).

Ante o exposto, denuncio **BRUNO LEANDRO BUGATI PAIVA** como incurso, por diversas vezes, no **artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal**, na forma do art. 71 (crime continuado) do mesmo diploma legal, requerendo que, recebida e autuada esta, seja ele citado e ao final interrogado, prosseguindo-se nos demais termos processuais de acordo com o rito ordinário previsto no Código de Processo Penal, ouvindo-se, oportunamente, a vítima, até prolação final de sentença condenatória.

[...]" (fls. 76/77).

Pois bem.

As materialidades criminosas estão consubstanciadas no boletim de ocorrência n. 5.391/2015 (fls. 03/04), no documento de cálculo da dívida ativa (fls. 30), no contrato de locação firmado entre a vítima e a "Bugatti Empreendimentos Imobiliários Eireli-ME" (fls. 14/20), nos recibos de aluguel, que demonstram os repasses dos valores repassados pelo locatário a título de pagamento da parcela do IPTU (fls. 21/29), no relatório final de inquérito

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

policial (fls. 37/40) e nas provas orais colhidas sob o contraditório (fls. 227/228 - mídias audiovisuais).

De outro canto, as autorias criminosas são certas e devem ser atribuídas ao **réu Bruno Leandro** que, perante o Juízo, negou tivesse apropriado-se dos valores pertencentes à vítima, inexistindo pendências, inclusive, na ocasião da rescisão contratual, a vítima assinando um termo de quitação plena, reconhecendo que não havia débitos entre as partes. Alegou que a vítima não foi coagida a assinar qualquer documento na imobiliária. Confirmou que ela o procurou devido a atrasos em alguns repasses, motivados por dificuldades enfrentadas pela empresa naquele período. Disse que a vítima abordou o inquilino no condomínio onde moram, obteve o recibo e constatou o atraso, o que a levou até a imobiliária, onde, de comum acordo, decidiram pela rescisão do contrato. Por fim, negou que a imobiliária realizasse os pagamentos dos valores do IPTU para terceiros, apenas recebia o pagamento do inquilino e repassava integralmente ao proprietário (fls. 227/228 - mídias audiovisuais). Mas, ver-se-á, a prova oral judicial permite a manutenção da condenação do réu, no termos prolatados na sentença.

A vítima **Maristela Maschietto**, em Juízo, confirmou a apropriação indébita dos valores obtidos com a locação do seu imóvel, referentes às parcelas do IPTU. Relatou que recebia o aluguel, mas não lhe repassavam o valor integral. Confirmou que, na imobiliária, tratava diretamente com o réu e com a sua genitora. Disse que não recebeu os valores referentes ao IPTU. Por fim, disse não se lembrar de ter realizado o distrato, no dia 7 de agosto de 2015, em que concedia quitação geral e irrevogável (fls. 335 - mídias audiovisuais).

Digo eu.

Deflui dos autos, que o réu atuava como representante da

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

imobiliária "Bugatti Empreendimentos Imobiliários Eireli-ME", responsável pela administração de contratos de locação firmados entre os proprietários-locadores, que buscavam os seus serviços e locatários, recebendo comissão pelo serviço prestado. Dessa forma, o valor estipulado no contrato de locação era pago pelo locatário à imobiliária "Bugatti Empreendimentos Imobiliários Eireli-ME", que descontava a sua comissão e repassava o restante ao locador. Contudo, durante o período compreendido entre junho de 2014 a julho de 2015, o réu, por meio da sua empresa, apropriou-se dos valores pagos a título de IPTU, pelo locatário à vítima Maristela Machietto, causando-lhe um prejuízo de R\$ 840,77 (oitocentos e quarenta reais e setenta e sete centavos).

Com efeito, ficou comprovado que o réu cometeu o crime de apropriação indébita majorada em prejuízo da vítima Maristela Machietto. Isso porque as provas documentais, consistentes no contrato firmado entre a locadora (a vítima Maristela Machietto) e o locatário ("Editorial Pauta de Comunicação LTDA"), celebrado em 08 de abril de 2014, demonstram que ficou ajustado entre as partes o valor de R\$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais) de aluguel, acrescido do IPTU e de eventuais encargos (fls. 14). Ocorre que, em determinado momento - mas certo que a partir de 08 de abril de 2014 -, a administradora passou a deter os valores repassados referentes ao IPTU.

Vale ressaltar que os recibos de aluguel emitidos pela "Bugatti Empreendimentos Imobiliários Eireli-ME" (fls. 21/28) comprovam que os valores relativos ao IPTU estavam sendo cobrados e efetivamente repassados pelo locatário à imobiliária, desde o início da locação, porém a vítima confirmou que não recebeu os referidos pagamentos.

Em que pese existir entre as partes um contrato de distrato (fls. 11/12), verifica-se que a locação foi encerrada em 07 de agosto de 2015, certo que a cobrança do IPTU pela imobiliária ocorria desde 2014, mais especificamente a partir de 08 de abril de 2014. O comprovante de dívida ativa

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

(fls. 30) também se refere ao ano de 2014, período em que a imobiliária já era responsável pelo repasse desses valores à vítima Maristela Machietto. Aqui, cabe ressaltar, a defesa do réu alega não ser de responsabilidade da empresa o pagamento do IPTU junto à municipalidade, sob o argumento de que o contrato de prestação de serviço entre as partes não previa tal obrigação. Contudo, o que se busca imputar ao réu é a responsabilidade pelos valores recebidos do locatário, a título de pagamento do IPTU, e que não foram repassados à vítima. Em Juízo, a vítima afirmou que não recebeu o repasse dos referidos valores e o réu não apresentou qualquer prova de que tenha realizado esse pagamento. Ademais, diante da ausência do repasse, a vítima supunha que o réu estivesse utilizando esses valores para o pagamento do tributo, o que efetivamente não ocorreu, tendo em vista que a vítima foi inserida na dívida ativa da municipalidade (fls. 30).

Por fim, o réu não apresentou qualquer documento que comprove a transferência dos valores de IPTU à vítima Maristela Machietto, o que confirma que ele se apropriou indevidamente desses valores e não os restituiu à parte devida, caracterizando o crime de apropriação indébita.

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 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,

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

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 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

## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 3ª Câmara de Direito Criminal

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 abaloamento 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 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.

## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 3ª Câmara de Direito Criminal

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 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.

## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 3ª Câmara de Direito 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, N° 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 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*

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

*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 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

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

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.

Adverta-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 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

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

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 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:

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

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 o depoimento da **vítima Maristela Machietto**, em Juízo, aliado aos documentos acostados aos autos, comprovaram que o réu, na qualidade de representante da empresa "Bugatti Empreendimentos Imobiliários Eireli-ME", recebia os valores relativos ao IPTU, que estavam sendo cobrados e efetivamente repassados pelo locatário à imobiliária, sem restituí-los à vítima, de modo que com essa conduta o réu inverteu a posse do bem, apropriando-se da coisa.

Conveniente ressaltar, por sinal, que não há nos autos qualquer prova que desqualifique a versão da **vítima Maristela Machietto** ou que torne suspeito o seu depoimento, mesmo porque não se revelou ter ela 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 foram claras em imputar a prática dos crimes de apropriação indébita ao réu, não se podendo falar em eventual atipicidade, sob o argumento de que se trata de mero descumprimento contratual. Isso porque, a mim me parecem hígidos os fundamentos da sentença vergastada, dando conta, suficiente, das materialidades dos crimes de apropriação indébita e das suas respectivas autorias, revelando, com clareza solar, que o apelante se apropriou da quantia de R\$ 840,77 (oitocentos e quarenta reais e setenta e sete centavos)

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

e não a restituiu à vítima, sendo o que basta para que se tipifique o crime de apropriação indébita, até porque presente o respectivo dolo, a afastar qualquer possibilidade de mera infração contratual, com repercussão exclusiva na área cível. 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, forçoso admitir que o conjunto probatório comprovou a prática dos crimes descritos na denúncia do Ministério Público e reconhecidos na sentença condenatória.

De outro giro, também restou comprovada a majorante prevista no art. 168, §1º, III, do Código Penal, porque os valores apropriados indevidamente o foram em razão de ofício, emprego ou profissão, o que ficou comprovado pelas falas da vítima, em Juízo. Isso porque, ficou evidenciado

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

que o réu, na condição de sócio e administrador da imobiliária, assumiu a responsabilidade pela custódia dos recursos financeiros da vítima.

Sendo assim, é inquestionável que o réu cometeu o crime de apropriação indébita dos recursos da vítima, em virtude da sua posição profissional, seja como corretor imobiliário ou, no mínimo, como sócio e administrador da empresa imobiliária "Bugatti Empreendimentos Imobiliários Eireli-ME". Esta conduta caracteriza claramente o crime de apropriação indébita em sua forma majorada, conforme previsto no art. 168, §1º, III, do Código Penal.

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, o que caracteriza a prática do crime em tela, não havendo, de outra banda, a sua restituição para a vítima.

Por derradeiro, tendo em vista que foram vários os crimes de apropriação indébita praticados pelo réu, a denúncia aponta um período entre junho de 2014 até julho de 2015, cujas condutas foram cometidas nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de rigor o reconhecimento da causa especial de aumento de pena relativa ao crime continuado (art. 71, "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 dos crimes de apropriação indébita majorada. Nesse sentido, ademais, a referida sentença:

"[...]"

**III) FUNDAMENTAÇÃO**

A vítima Maristela Maschietto Magnusson Mastroianni afirmou que a imobiliária recebia o aluguel e não lhe repassava. Confirmou que na imobiliária tratava com o réu e com a mãe dele. Afirmou que não

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

recebeu valores do IPTU. Confirmou que na época residia no mesmo condomínio em que ficava o apartamento administrado pelo réu, e nele reside até hoje. Afirmou que não se recorda se no dia 7 de agosto de 2015 fez um distrato, dando quitação geral e irrevogável.

No interrogatório, o acusado Bruno Leandro Bugati Paiva negou a prática delitiva. Afirmou que a imobiliária nunca realizou o pagamento de IPTU para ninguém, recebiam do inquilino e sempre repassavam para o proprietário. Confirmou que a imobiliária não efetuava o pagamento de IPTU para os órgãos e sim repassavam para o proprietário. Afirmou que, no caso em questão, repassou tudo para a vítima, não ficou nada pendente, tanto é que quando fizeram a rescisão de contrato a vítima assinou uma plena quitação de que um não devia nada para o outro. Afirmou que a vítima não foi coagida a assinar nenhum documento dentro da imobiliária. Confirmou que a vítima os procurou porque eles tinham atrasado alguns repasses, tendo em vista que estavam passando por alguns problemas. Afirmou que ela procurou o inquilino no condomínio, pegou o recibo dele e viu que estavam atrasando os repasses, então ela foi à imobiliária e, de comum acordo, decidiram rescindir o contrato.

**III. 3 Exame da prova**

A materialidade do delito ficou comprovada pelo boletim de ocorrência a fls. 03/04, pelo cálculo da dívida ativa a fls. 30, pelo contrato de locação firmado entre as partes a fls. 14/20, bem como pelos recibos de aluguel a fls. 21/29.

A autoria também é certa e recai sobre o réu.

Em análise da prova documental trazida aos autos, percebe-se que no contrato firmado entre locador e locatário o valor do aluguel corresponde ao montante de R\$ 1.400,00, somado ao IPTU e eventuais encargos, conforme pode se observar a fls. 14. Portanto, a administradora em dado momento seria detentora dos valores repassados relativos ao IPTU.

Também é possível observar que, de acordo com os recibos de aluguel emitidos pela Bugati Empreendimentos Imobiliários Eirelli- ME (fls. 21/28), os valores relativos ao IPTU estavam sendo cobrados, bem como estavam sendo repassados pelo locatário à imobiliária a partir do início da locação. Além disso, conforme consta no distrato juntado a fls. 11/12, a locação foi desfeita no dia 07 de agosto de 2015, sendo certo que os valores relativos ao IPTU estavam sendo cobrados pela imobiliária a partir do ano de 2014.

Ocorre que o comprovante de dívida juntado a fls. 30 é relativo ao ano de 2014, ano em que a já referida imobiliária estaria responsável pelo repasse dos valores ao locatário.

A prova oral confirmou que houve um problema no repasse do montante devido ao locador, confirmando aquilo que foi alegada pela parte ré. Além do mais, o réu firma que repassava todo o valor para a vítima, mas perdeu o documento comprobatório de tais repasses.

Por fim, a que pese a argumentação acerca do distrato assinado entre as partes, é certo que a inscrição da dívida ativa é relativa ao ano de 2014, momento em que a Bugati intermediava a locação, bem como já recebia o montante relativo ao IPTU.

Assim, ante o conjunto probatório trazido aos autos demonstra que o réu, na condição de representante legal da imobiliária, não comprovou o repasse feito pela imobiliária ao locador dos valores relativos ao IPTU.

Ante o exposto, é caso de condenação.

[...]" (fls. 274/276).

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

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

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

"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**

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

**recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem.**  
**Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."  
(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

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

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

[...]

10. Agravo interno desprovido."

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA 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.

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

IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

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

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

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

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

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

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

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

[...]

**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.

De tal arte, a condenação foi bem decretada, tendo em vista que se comprovou que o réu se apropriou do valor de R\$ 840,77 (oitocentos e

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

quarenta reais e setenta e sete centavos), pertencente à **vítima Maristela Machietto**.

Assim, convincente o quadro probatório, nada existe para ser revisto quanto às materialidades e às autorias criminosas, porque comprovado nos autos que o **réu Bruno Leandro** se apropriou da quantia de R\$ 840,77 (oitocentos e quarenta reais e setenta e sete centavos), pertencente à **vítima Maristela Machietto**, invertendo a posse desse bem móvel.

Às penas.

No que concerne às penas-base, elas foram exasperadas em consideração aos maus antecedentes criminais do réu, aferidos pela certidão de fls. 246/247 (processo-crime n. 0002697-70.2016.8.26.0248, por crime idêntico ao dos autos - art. 168, §1º, III, do Código Penal, na forma do art. 71, ambos do Código Penal -, cujo trânsito em julgado ocorreu em 03/08/2018). As basilares alcançaram 02 (dois) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, diária mínima, para cada crime (o certo seriam 20 diárias, em respeito à proporcionalidade, porém, ante o conformismo Ministerial, é ponto apenas a se constatar, mantido, portanto, o favor imerecido).

Aqui, mesmo que o trânsito em julgado do processo-crime n. 0002697-70.2016.8.26.0248 tenha ocorrido em 03 de agosto de 2018, data posterior a do crime de apropriação indébita aqui analisado, entre 2014 a 2015, ainda assim pode ser valorado como mau antecedente penal, porque se refere a fatos anteriores (01/09/2013).

Sobre a questão, existem duas principais correntes doutrinárias a propósito da conceituação de mau antecedente. A primeira leva em conta toda e qualquer anotação na folha de antecedentes do réu (inclusive inquéritos policiais, ações penais em andamento, processos em que o

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

acusado foi absolvido e processos em que ele teve a punibilidade alcançada pela prescrição). A segunda corrente considera, para o fim de reconhecer maus antecedentes, apenas as condenações transitadas em julgado não caracterizadoras de reincidência (conforme **GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado**, 8ª edição, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 388-390).

E conforme destacam **A. SILVA FRANCO** e **J. BELLOQUE**:

"[...] constituiriam 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).

Esse entendimento já foi, por vezes, consagrado nos Tribunais Superiores. A propósito, cita-se, na CORTE SUPREMA:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FATOS ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. LEI 13.964/2019. INCLUSÃO DO §5º DO ART. 171: AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, DA CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte já decidiu que, para fins de maus antecedentes, é possível a consideração de condenação anterior ao fato quando o seu trânsito em julgado tenha ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência. Precedentes.

[...]

8. Agravo regimental desprovido."

(STF – ARE 1.289.175 AgR/PR – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 21/09/2021 – DJe de 07/02/2022);

"RECURSO ORDINÁRIO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO PENAL EM EXAME. POSSIBILIDADE.

1. É viável, para fins de maus antecedentes, a consideração de

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

condenação por fato anterior quando o seu trânsito em julgado tiver ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência. Doutrina. Precedentes.

2. Recurso Ordinário a que se nega provimento."

(STF – RHC 194.878/SP – Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 29/03/2021 – DJe de 01/06/2021);

"[...] 3. Sentença condenatória com trânsito em julgado posterior ao fato delituoso de que o paciente é acusado neste writ, que, embora não possa ser considerada para o efeito de reincidência, configura maus antecedentes. [...] Ordem denegada."

(STF – HC 82.202/RJ – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – 2ª Turma – j. em 29/10/2002).

E no Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DECISÃO MONOCRÁTICA A DIMINUIR A PENA-BASE. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DOSIMETRIA. BASILAR. MAUS ANTECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO DESPROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - In casu, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos concretos para manter a exasperação da basilar que estão em sintonia com o entendimento deste Sodalício, no sentido de que "a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base" (AgRg no HC n. 607.497/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 30/09/2020).

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 787.554/PE – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADO EM RAZÃO DA PROFISSÃO. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FRAÇÃO DE AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DECOTE DA AGRAVANTE PREVISTA NA ALÍNEA H DO INCISO II DO ART. 61 DO CP. INVIABILIDADE. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE

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

AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO §1º DO ART. 168 DO CP. PACIENTE QUE PRATICOU O DELITO ENQUANTO ADVOGADO DA VÍTIMA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. DELITO COMETIDO AO MENOS 36 VEZES. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 2/3 QUE ESTÁ DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRECEDENTES. MONTANTE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

- Em relação aos maus antecedentes, em virtude dos (Processos n. 3001576-45.2013.8.26.0123 e 3001780-89.2013.8.26.0123 - 2ª Vara de Capão Bonito/SP - fls. 100/101), visto que "é possível reconhecer como mau antecedente a decisão penal condenatória, relativa a fato anterior ao crime em apreço, ainda que o trânsito em julgado tenha sido posterior (e-STJ, fl. 277). Com efeito, também não há ilegalidade a ser sanada no desvalor conferido a essa vetorial, pois nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base (AgRg no HC n. 607.497/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 30/9/2020). Precedentes.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 768.871/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal sob debate, ainda que com trânsito em julgado posterior, justificam o aumento da pena-base pela valoração de maus antecedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no AREsp 35.077/SP - Rel. Min. Marco Aurélio Belizze - 5ª Turma – j. em 02/04/13).

Logo, correta a exasperação das penas-base para 02 (dois) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, diária mínima, para cada crime.

Na segunda etapa, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas. Em que pese a alegação da defesa, o Juízo de Origem não reconheceu a agravante da reincidência, mas sim os

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

maus antecedentes criminais, na primeira etapa do cálculo trifásico, devido à condenação constante nos autos n. 0002697-70.20165.8.26.0248, nada tendo a reclamar quanto a isso.

Na terceira etapa da dosimetria das penas, o Juízo de origem reconheceu, corretamente, a causa especial de aumento prevista no art. 168, §1º, III, do Código Penal, cuja majoração é de 1/3, em razão da apropriação indébita ter sido cometida no exercício de emprego, ofício ou profissão, conforme determina a legislação. Além disso, reconheceu a continuidade delitiva, uma vez que o réu não praticou um ato isolado, mas, ao contrário, apropriou-se, ao longo de mais de um ano, de valores que totalizaram R\$ 840,77, referentes aos repasses de pagamentos de IPTU que deveriam ser transferidos à vítima, conforme demonstrado na denúncia e nos extratos apresentados (fls. 21/29). O patamar de majoração adotado foi de dois terços (2/3), máximo legalmente possível, mostrando-se adequado, considerando-se a multiplicidade de condutas perpetradas. Nesse sentido:

"[...] Ocorre que, como consignado no julgamento da AP n. 470/DF-EDj-décimos sétimos, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe de 10/10/13, o critério de majoração da pena no crime continuado

foi estabelecido, de maneira cristalina, em voto longamente fundamentado do Ministro Celso de Mello (fls. 58.548/58.550; 58.667) e **acolhido pela maioria do Plenário, no julgamento do mérito desta ação penal.**

Assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello, no voto acompanhado pela maioria:

O SENHOR MINISTRO **CELSO DE MELLO**:  
Proponho, Senhor Presidente, consideradas as divergências registradas a propósito do art. 71 do CP, que dispõe sobre a regra pertinente ao crime continuado, a adoção, por esta Corte, de critério objetivo que tem sido utilizado pelos Tribunais em geral, além de legitimado por autores eminentes. Esse critério objetivo, que se ajusta ao próprio espírito da regra legal em questão e que se mostra compatível com a finalidade benigna subjacente ao instituto do delito continuado, que representa abrandamento do rigor decorrente da cláusula do cúmulo material, apoia-se na relação entre o número de infrações delituosas e as correspondentes frações de acréscimo penal, como abaixo indicado:

NÚMERO DE INFRAÇÕES/FRAÇÃO DE ACRÉSCIMO

02: um sexto (1/6)

03: um quinto (1/5)

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

04: um quarto (1/4)  
05: um terço (1/3)  
06: metade (1/2)  
Mais de 06: dois terços (2/3)  
(...)

Como se pode perceber, a causa de aumento consubstanciada na continuidade delitiva é balizada pela quantidade de crimes praticados, segundo o entendimento pacífico da doutrina.'

Na espécie, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo reconheceu a continuidade delitiva entre as duas condutas imputadas paciente e, com fundamento no art. 71 do Código Penal, impôs *'o acréscimo de um terço numa das penas idênticas calculadas para o mesmo em 4 (quatro) anos e 320 dias multa, totalizando assim 5 anos e 4 meses de reclusão e 426 dias multa'* (vide anexo 5).

Dessa feita, apesar de tratar de apenas duas infrações, **não houve fundamentação alguma** para a majoração em patamar superior ao mínimo legal de 1/6 (um sexto).

Registro que, a despeito de o voto condutor do acórdão impugnado não ter se pronunciado sobre essa questão, a matéria efetivamente foi debatida na instância antecedente.

Como bem consignado no voto vencido proferido pelo **Ministro Sebastião dos Reis Júnior**,

'Há, todavia, ilegalidade flagrante quanto à dosimetria da pena.

Isso porque a Corte de origem, nos termos do voto da Desembargadora vogal (fl. 2.289), com posterior reformulação do voto do Desembargador relator (fl. 2.290), afastou o concurso material em relação aos dois delitos praticados pelo recorrente e reconheceu a hipótese de continuidade delitiva, impondo o aumento de 1/3 da pena.

Ocorre que esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (AgRg no REsp n. 1.169.484/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/11/2012).

Em igual sentido: AgRg no Ag no REsp n. 1.367.472/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2014.

Dessa forma, uma vez reduzida para 1/6 a fração de aumento em decorrência da continuidade entre os dois delitos praticados, resulta uma pena definitiva de 4 anos e 8 meses de reclusão.

A pena pecuniária também deve sofrer alteração, impondo-se a sua redução para 370 dias-multa, mantido o valor unitário fixado no acórdão recorrido'.

[...]."

(STF – HC 134.327/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – j. em 11/05/2016 – DJe de 16/05/2016);

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. POSSIBILIDADE. CRIMES COMETIDOS NO MESMO DIA E PELO MESMO MODUS OPERANDI. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA AFASTAR O VÍNCULO SUBJETIVO ENTRE AS CONDUTAS. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA.

[...]

4. Nesse contexto, é plenamente possível a aplicação da regra do crime continuado na espécie, diante da disposição constante no art. 71, parágrafo único do Código Penal. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, e ainda que não se trate de diretriz legal, "em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações"** (REsp n. 1.699.051/RS, Sexta Turma. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Dje de 06/11/2017). No caso, exaspera-se a pena pela continuidade delitiva em 1/5, diante de três ocorrências criminosas, sem peculiaridades que justifiquem a aplicação de fração superior.

[...]"

(STJ – AgRg no HC 737.897/SP – Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) – Sexta Turma – j. em 08/11/2022 – DJe de 11/11/2022).

Aqui, incidindo o concurso de majorantes, o Juízo de Origem considerou aplicar apenas uma das causas de aumento, optando por aquela que mais aumentasse a pena, ou seja, a da continuidade delitiva, chegando-se, assim, à pena total de **03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 20 (vinte) diárias, no piso.**

Nada obstante, o Juízo "a quo" incorreu em equívoco ao realizar o concurso de causas de aumento, ao deixar de aplicar a majorante prevista no art. 168, §1º, III, do Código Penal (que impõe acréscimo de 1/3 da pena ao agente que recebe a coisa em razão de ofício, emprego ou profissão), limitando-se a aplicar apenas o aumento de 2/3, baseado na continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal). A referida supressão mostrou-se incorreta e beneficiou indevidamente o réu, pois a continuidade delitiva não exclui a incidência de outras causas de aumento legalmente previstas, as quais devem incidir de forma cumulativa e sucessiva. O Magistrado de Origem deveria ter incidido a majorante do crime de apropriação indébita e sobre uma das penas, porque iguais, incidido o acréscimo de 2/3 pela causa de aumento

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

relativa à continuidade delitiva. Entretanto, tal equívoco não poderá ser corrigido nesta instância recursal, em respeito à vedação da "non reformatio in pejus", prevalecendo, assim, o favor imerecido ao réu.

O regime prisional para o cumprimento das penas continua sendo o **semiaberto**, dada a circunstância judicial negativa, situação que enseja a imposição do regime intermediário, 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 maus antecedentes criminais (caso dos autos) ou sejam reincidentes, conforme o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

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

[...]

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

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

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

[...]

**5. A imposição do 'regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea' (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na hipótese dos autos, o regime inicial fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida. O acórdão impugnado 'manteve o regime inicial fechado em razão da**

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

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."

(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

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

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. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022);

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

[...]

V - Regime inicial. **A jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que, ainda que o condenado ostente circunstâncias judiciais favoráveis e o quantum de pena aplicada seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, justifica-se o regime inicial fechado, quando este for reincidente.** Confira-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.



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

[...]

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 das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, I e III, do Código Penal.

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

É como voto.

**Desembargador AIRTON VIEIRA**  
**Relator**