



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000450957

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1517755-41.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GESSICA ADRIANA LOPES NERY, 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 recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente) E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9813

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1517755-41.2022.8.26.0050

Apelante: Gessica Adriana Lopes Nery

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL – Peculato (artigo 312, caput, do Código Penal). Sentença condenatória. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade do relato das testemunhas. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dolo evidenciado. Condenação mantida. Dosimetria. Maus antecedentes que impõem a exasperação da pena-base. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos patamares estabelecidos em sentença. Regime aberto mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Gessica Adriana Lopes Nery contra a r. sentença (fls. 275/279), em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-la, como incurso no artigo 312, *caput*, do Código Penal, à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 11 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Em suas razões recursais (fls. 285/291), a apelante pugnou por sua absolvição por ausência de elementos sólidos da materialidade e autoria para lastrear a condenação criminal. Subsidiariamente, requereu a redução da pena-base e a substituição, da pena pecuniária por pena de multa, ou, caso mantida, sua redução ao mínimo legal.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 300/302), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 311/316).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que GESSICA ADRIANA LOPES NERY foi processada como incurso no artigo 312, *caput*, do Código Penal, porque, segundo consta na denúncia, no dia 1º de junho de 2015, por volta de 00h50min, na sede do 2º Distrito Policial, situado à Rua Jaraguá, nº. 383, Bom Retiro, nesta cidade e comarca de São Paulo, apropriou-se, em proveito próprio, da quantia de R\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais) em dinheiro, de que tinha a posse em razão do cargo, consoante boletim de ocorrência de fls. 17/20 e cópia do livro de fiança de fls. 166.

Segundo o apurado, “(...) GESSICA exercia o cargo de escrivã no 2º Distrito Policial desta Capital, trabalhando no plantão de flagrantes.

Ocorre que, no dia dos fatos, José Flávio Rocha foi preso em flagrante pela prática do crime de embriaguez ao volante, tendo sido libertado na Delegacia de Polícia pela doughta autoridade policial, após o recolhimento de fiança criminal no valor de R\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais) em dinheiro (cópia dos autos nº. 0049863-82.2015.8.26.0050 – fls. 13/79).

Em seguida, o numerário foi entregue à denunciada, a qual assinou o livro de fiança (foto de fls. 166). No entanto, ao invés de efetuar o depósito do valor recebido em razão do cargo, GESSICA apropriou-se deste, em proveito próprio.

Durante o trâmite daquele processo judicial, o ilustre Magistrado da 17ª Vara Criminal da Capital requisitou, por diversas vezes, o comprovante de depósito do valor da fiança (fls. 25, 28, 29, 34, 37, 43, 46 e 53), porém GESSICA não o fez.

Assim, o Magistrado determinou a expedição de ofício ao Banco do Brasil, recebendo, como resposta, a informação de que não houve depósito do mencionado valor naquela instituição bancária.

Diante dos fatos, instaurou-se procedimento administrativo contra a denunciada na Corregedoria da Polícia Civil. (...)”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge a apelante por meio do recurso que se passa a analisar.

Pois bem. O conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime imputado à apelante.

A materialidade delitiva, consistente nos elementos sensíveis do fato delituoso, resultou comprovada pelas cópias da portaria, procedimento administrativo e documentos (fls. 05/142), relatório final (fls. 144/145), cópia do livro de fiança (fls. 166), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva, igualmente, é inconteste, tendo em vista as declarações prestadas, em Juízo, pelas testemunhas Victor Cláudio Indalêncio de Oliveira e José Flávio Rocha.

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pela MM^a. Juíza sentenciante, posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) Em juízo, a testemunha Victor Cláudio Indalêncio de Oliveira, escrivão chefe da Delegacia, contou que trabalhava no 98 DP quando começaram a chegar as cobranças via judicial. Conheceu a ré, que trabalhou cerca de três ou quatro meses e depois se afastou por licença médica. Chegaram outras cobranças de outros distritos onde a ré tinha trabalhado anteriormente. Por serem cobranças de distritos diversos, encaminhava os emails para a ré e ela dizia que iria resolver. Antigamente, as fianças eram feitas mediante emissão de uma guia, sendo que o escrivão que ficava responsável pelo dinheiro e tinha que comprovar o pagamento dessa fiança no livro específico. Não trabalhava com a ré no ano de 2015 e não sabia do movimento da delegacia do Bom Retiro.

Em juízo, a testemunha José Flávio Rocha informou o pagamento de fiança quando de sua prisão em flagrante por embriaguez ao volante. (...)”.

Por sua vez, a apelante, ouvida apenas em Juízo, sem sucesso negou a prática delitiva. Embora não tenha se recordado da ocorrência em apreço,

afirmou que recebia os valores referentes às fianças, realizava o recolhimento das respectivas guias e registrava o pagamento no livro de fianças. Alegou que guardava cópia das guias pagas em seu computador pessoal, que queimou, acarretando a perda dos referidos comprovantes. Admitiu, ainda, que foi condenada por outros crimes idênticos. Destaca-se, nesse ponto, a suma do interrogatório da apelante realizada pela d. Magistrada prolatora da sentença:

“(...) Ouvida apenas em juízo, a acusada GESSICA ADRIANA LOPES NERY foi demitida por decisão judicial e não está mais no cargo. Foi escrevente de polícia por doze anos e trabalhava no 2º DP de 2012 a 2017, onde funcionava a central de flagrantes, que envolvia ocorrências de três delegacias na região central. Os plantões eram das 20 horas até as 8 horas da manhã e dias de semana. Não se recorda especificamente desta ocorrência. Elaborava cerca de cinco ou seis flagrantes no plantão. Como a delegacia não tinha controle de apreensões, o escrivão tinha que escanear as vias e guardar para quando fosse pedido em juízo. Costumava fazer o preenchimento da guia de recolhimento com o CNPJ da seccional e procedia ao recolhimento. Escaneava as vias no seu computador pessoal e colocava as físicas em uma caixa de papelão, onde toso o expediente era colocado ali. No dia seguinte, pela manhã, alguém passava recolhendo os documentos desta caixa. Em 2017 foi transferida para Avaré (até então vinha de ônibus para trabalhar, saía e voltava para Avaré). Seu computador queimou e por isso, perdeu todas as guias que estavam armazenadas. Não se apropriou de nenhum valor. Responde a outros processos semelhantes, possuindo condenação em alguns e em outros absolvição. Era o procedimento fazer os registros da fiança em livro específico. (...)”. (fls. 277).

Sem credibilidade alguma, a palavra da acusada, que não encontrou eco na prova acostada aos autos, indicada, ainda, a habitualidade de quem atuava

livremente, certa da impunidade. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 239 e 155, todos do Código de Processo Penal.

A apelante não empreendeu esforços suficientes para demonstrar o alegado álibi, como lhe competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal.

Ensina **Guilherme de Souza Nucci**: *“Álibi é a alegação feita pelo réu, como meio de provar a sua inocência, de que estava em local diverso de onde ocorreu o delito, razão pela qual não poderia tê-lo cometido. É, como regra, ônus seu provar o álibi, embora tal mecanismo não possa levar à isenção da acusação de demonstrar o que lhe compete (...).”* (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 346).

Nesse ponto, pela clareza do exposto, cumpre destacar trecho da r. sentença:

“(...) A prova documental encartada aos autos espanca qualquer dúvida acerca da materialidade e autoria do crime.

É inconteste o pagamento da fiança no valor de R\$1.600,00 em benefício de José Flávio Rocha , que foi preso em flagrante delito em 01/06/2015. No dia da ocorrência, o plantão foi realizado pela acusada GESSICA, ocupante do cargo de escrivã de polícia, que assinou todos os documentos do auto de prisão em flagrante (fls. 05/22).

Conforme ofício de fls. 88 do Banco do Brasil ficou confirmado que a ré não efetuou o depósito do valor acima referido.

Após inúmeras tentativas de contato com a acusada, para o envio do comprovante bancário do respectivo depósito, ela não apresentou qualquer documentação, tampouco ofereceu justificativa (fls. 43/44).

O relatório de fls. 137/138 de apuração preliminar concluiu pela falta funcional requerendo fosse instaurado inquérito policial

para apuração do crime de peculato, salientando que a ré respondia a outros expedientes por falha na guarda de depósitos e fianças a ela confiados.

A ré, embora instada a se manifestar por diversas vezes, não apresentou qualquer explicação acerca dos fatos e, em juízo, limitou-se a dizer que tinha os comprovantes dos depósitos em seu computador que, por sua vez, queimou, perdendo todos os arquivos. Não fez qualquer provam no entanto, de suas alegações, de forma que sua negativa não serve para informar a prova documental acostada aos autos que lhe é absolutamente desfavorável. (...)” (fls. 278).

Assim, diante da prova oral coligida aos autos, infere-se que os depoimentos das testemunhas restaram afinados com a robusta prova documental coligida aos autos, permitindo extrair elementos suficientes para comprovação da autoria e materialidade do crime imputado à apelante.

O dolo é inequívoco e emerge da conduta da acusada, que, de forma consciente, voluntária e, indicativamente habitual, apropriou-se, em proveito próprio, de valor (R\$1.600,00) do qual tinha posse em razão do cargo de escrivã de polícia que ocupava.

Presentes todos os elementos descritivos do crime pelo qual foi condenada a apelante e o inegável dolo, notando-se a tipicidade e o elemento normativo, na ausência de justificativa ou dirimente, a condenação é de rigor, pois também não é de se falar em insignificância.

Ensina Luiz Regis Prado, in Curso de Direito Penal Brasileiro, Editora RT, 4ª edição, vol. 4, p. 319: “(...) o tipo subjetivo do peculato, na modalidade de apropriação, está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade do funcionário público de assenhorear-se do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem posse em razão do cargo, estando também presente o elemento subjetivo do injusto, caracterizado pelo fim especial de agir (proveito próprio ou alheio). (...)”.

Constata-se a ofensividade, pois a atipia não socorre à apelante, uma vez que se refere a hipótese dos autos de coisa pública e a objetividade jurídica protegida é a Administração Pública. O crime de peculato (art. 312, *caput*, CP) é delito pluriofensivo. A conduta desviante não é descrita como crime contra o patrimônio e causou lesão a regular atividade administrativa. Convém destacar também: *“Peculato Caracterização Prescindibilidade da lesão patrimonial para a consumação Desnecessidade, portanto, de prova a respeito Sentença confirmada”* (JTJ 238/313).

Ademais, não passa despercebido o fato de responder, a apelante, a diversos processos por fatos análogos aos analisados nestes autos, indicando que agia de forma reiterada e com o mesmo *modus operandi*, inclusive com condenações confirmadas por este Egrégio Tribunal de Justiça:

PECULATO – RECURSO DEFENSIVO: Absolvição por insuficiência probatória – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Ré que atuava como escrivã de polícia e tinha a responsabilidade de depositar os numerários apreendidos e, nessa condição, apropriou-se do valor de R\$ 725,00 – Condenação mantida. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: Observância do critério trifásico correta – Circunstâncias judiciais favoráveis neutras – Ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição - Regime Prisional. Nos termos dos §§ 2º e 3º, do art. 33, do Estatuto Repressivo, correta a fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1520781-18.2020.8.26.0050; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 15ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/09/2023; Data de Registro: 12/09/2023)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PECULATO (ART. 312, DO CP). ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS OU POR ATIPICIDADE DE CONDUTA COM A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Na hipótese, o Magistrado a quo condenou a recorrente pela prática do crime de peculato, por entender que o acervo probatório restou suficiente 2. A Defesa requer a absolvição por falta de provas, uma vez que não restou comprovada o dolo da agente ou por atipicidade de conduta com a aplicação do princípio da insignificância, em razão do valor da transação não realizada pela ré.. 3. Materialidade e autoria delitivas comprovadas, negativa da ré que restou isolada, justificativa que não foi comprovada,. palavra das testemunhas que atestam a ocorrência do crime, ré escrivã de polícia que apreendeu o dinheiro encontrado em poder da traficante, não depositou a quantia em conta judicial e apropriou-se do numerário. 4. Conduta típica. Impossibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância - crimes cometidos contra a Administração Pública, inaplicável o citado princípio. Súmula 599, do c. STJ. 4. Penas bem dosadas, regime e substituição corretos. 5. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1541744-13.2021.8.26.0050; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 13ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/10/2024; Data de Registro: 02/10/2024)

PECULATO – RECURSO DEFENSIVO: absolvição por insuficiência probatória – inadmissibilidade – materialidade e autoria suficientemente demonstradas – condenação mantida – NÃO PROVIDO. PECULATO – RECURSO DEFENSIVO – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: observância do critério trifásico correta – circunstância judicial presente – ausência de

circunstâncias legais e causas de aumento ou diminuição de pena – IMPROVIDO. PECULATO – RECURSO MINISTERIAL: fixação de regime semiaberto para início de cumprimento da pena – admissibilidade – regime requerido que se mostra como medida necessária e suficiente para prevenção e reprovação do delito, ante os maus antecedentes e quantidade de pena imposta, principalmente, para aqueles que se dedicam à prática delitiva, abandonando-se os meios de se buscar uma vida honesta, bem como para detentores personalidade voltada ao delito, exigindo-se maior rigor na penalização – PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1533804-31.2020.8.26.0050; Relator (a): Jayme Walmer de Freitas; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 9ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/09/2024; Data de Registro: 05/09/2024)

Peculato: art. 312, caput, Cód. Penal. Apelação: Acusação e Defesa. Materialidade e autoria: provas bastantes para a condenação. Pena-base: majoração de 1/6 pela culpabilidade. Escrivã de Polícia Civil. Readequação: elemento constitutivo do crime. Pena mínima. Regime aberto e substituição da pena de reclusão por medidas restritivas de direitos: manutenção. Perda do cargo público: Incompatibilidade do delito com o mister de escrivã de Polícia Civil (art. 92, inc. I, alínea a, Cód. Penal). Decretação de perda do cargo no âmbito administrativo que não implica perda de objeto na seara criminal, em razão da independência das instâncias. Inexistente, ademais, incompatibilidade entre os provimentos. Recurso da Acusação parcialmente provido, para decretar a perda do cargo público, e parcialmente provido o da Defesa, para readequação da pena.

(TJSP; Apelação Criminal 1501452-83.2021.8.26.0050; Relator (a): Bueno de Camargo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito

Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 11ª Vara Criminal;
Data do Julgamento: 27/09/2024; Data de Registro: 27/09/2024)

Apelação. Peculato. Absolvição por insuficiência probatória. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação da acusada nos moldes em que proferida. Ré responsável pelo recolhimento da fiança. Apropriação do numerário, em razão do cargo. Dolo evidenciado. Pena e regime prisional aberto mantidos. Recurso defensivo não provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1505511-80.2022.8.26.0050; Relator (a): Sérgio Coelho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 28ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/09/2023; Data de Registro: 22/09/2023)

Apelação criminal. Peculato próprio (artigo 312, caput, do Código Penal). Recurso defensivo. Mérito. Pleito absolutório ao argumento de precariedade probatória. Impossibilidade. Materialidade e autoria demonstradas. Acusada que, exercendo a função de Escrivã de Polícia, recebeu e se apropriou da quantia de R\$1.800,00, oriunda de fiança arbitrada e recolhida em processo criminal. Valor não depositado em conta judicial. Esclarecimentos prestados pelos Delegados de Polícia corroborados pelos demais elementos probatórios produzidos, sobretudo ofício expedido pelo Banco do Brasil, que confirmou a inexistência de conta judicial vinculada ao processo. Condenação mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1516303-64.2020.8.26.0050; Relator (a): Erika Soares de Azevedo Mascarenhas; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 29ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/08/2023; Data de Registro: 28/08/2023)

Ainda: 1506843-82.2022.8.26.0050, 1524723-58.2020.8.26.0050 e 1530667-41.2020.8.26.0050,

Como se vê, a autoria e a materialidade estão bem comprovadas nos autos, autorizando a segura conclusão, de que o comportamento da ré configurou o crime de peculato tipificado no artigo 312, *caput*, do Código Penal.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, a MM^a. Juíza *a quo* fixou a pena-base em 1/6 acima no mínimo legal, estabelecendo-a em 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa, fixados no valor unitário mínimo, por ostentar a ré maus antecedentes (fls. 187/190).

Nesse ponto, verificada a existência de condenação por fato anterior (Proc. n.º 1520781-18.2020.8.26.0050, data do fato 10/12/2014), transitando em julgado a r. sentença para a D. Defesa em 03 de outubro de 2023, deve ser reconhecida como maus antecedentes, sendo, portanto, fundamento idôneo para se fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Ressalta-se, por oportuno, que “(...) *Condenação por fato anterior, transitada em julgado após o novo fato: embora não gere reincidência, sendo o acusado, como se costuma dizer de forma imprópria, tecnicamente primário, pode ser considerada como mau antecedente. Esta, a nosso ver, em face da garantia constitucional da presunção de inocência, é hoje a única hipótese que pode ser considerada como mau antecedente*”. (Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior, Fábio M. de Almeida Delmanto. Código Penal Comentado, 8^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 274)”. Já se pronunciou o Colendo Supremo Tribunal Federal: “DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO A QUE ORA RESPONDE O PACIENTE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza

maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. II - Recurso desprovido.” (RE 608718 AgR / ES, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgado em: 23/03/2011).

No mesmo sentido: *“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes. 2. Na hipótese, embora a reprimenda não alcance 8 (oito) anos de reclusão, tendo sido fixada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, principalmente à vista das circunstâncias tidas como desfavoráveis. 3. Ordem denegada.”* (HC 87487/SP (HC2007/0171783-5), Rel. Exmo. Min. **OG FERNANDES**, Col. 6ª Turma, j. 02/08/2012, DJe 13/08/2012).

Superior Tribunal de Justiça: *“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ESTELIONATO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos*

casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes. 4. A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou da restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário. Na espécie, os mencionados requisitos não foram comprovados. 5. Ordem de habeas corpus não conhecida.” (STJ - HC n. 262254/SP (HC 2012/0273044-0), Rel. Min. LAURITA VAZ, Colenda 5ª Turma, j. 04/02/2014, DJe 17/02/2014).

Oportuno realçar, também, que o “legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado” (HC 283.706/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida a reprimenda como lançada.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes as reprimendas mantiveram-se inalteradas.

Na terceira fase, não foram verificadas causas modificadoras, motivo pelo qual a pena permaneceu incólume.

O regime prisional, aberto, restou benéfico à apelante, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º, e 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, diante do *quantum* de reprimenda aplicada e das circunstâncias desfavoráveis do caso em apreço – maus antecedentes.

Por entender presentes os requisitos legais elencados nos artigos 44 e seguintes do Código Penal, a MM. Juíza *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade imposta à apelante por duas restritivas de direitos, consistentes em “prestação de serviços à comunidade pelo período fixado e prestação pecuniária,

consistente na entrega de três cestas básicas em local a ser indicado em sede de execução” (fls. 279).

Nesse ponto, para que não passe sem apreciação, inviável a modificação da pena alternativa pecuniária imposta à apelante, posto que, conforme jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, não existe direito subjetivo da ré em optar pelas penas alternativas que almeja cumprir. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PENA-BASE. VALOR DA RES FURTIVA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. SERVIÇOS À COMUNIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O valor do objeto do crime de furto pode ser utilizado como circunstância judicial desfavorável. No caso em análise, a res furtiva consistente na importância de R\$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais), justifica o incremento da pena-base. 2. **Nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, não existe direito subjetivo do réu em optar, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por qual medida prefere cumprir, cabendo ao judiciário fixar a medida mais adequada ao caso concreto.** Devidamente fundamentada na necessidade de repressão efetiva ao comportamento ilícito, a substituição pelo Tribunal de origem da restrição de fim de semana por serviços à comunidade não caracteriza constrangimento ilegal. 3. Agravo Regimental no habeas corpus desprovido.

(AgRg no HC 582.302/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 16/11/2020 – g.n..)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO POR UMA RESTRITIVA E UMA MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL LIMITADO PELA PRETENSÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES RECURSAIS OU NAS CONTRARRAZÕES. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO DE OFÍCIO. WRIT NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A Corte a quo não tratou da possibilidade de substituição da pena corporal por 1 (uma) restritiva de direito e multa, ao invés de duas restritivas de direitos, porque nas razões da apelação, o Réu pugnou apenas pela absolvição ou pela configuração da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. 2. A despeito de conferir-se ao recurso de apelação efeito devolutivo amplo, esse é limitado ao que deduzido nas razões recursais ou nas contrarrazões. Dessa forma, em habeas corpus impetrado perante esta Corte, não é possível apreciar pretensão não ventilada nas instâncias antecedentes, sob pena de supressão de instância. **3. Ademais, não se constata constrangimento ilegal, passível de correção de ofício, porque "nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, não existe direito subjetivo do réu em optar, na substituição da pena privativa de liberdade, se prefere duas penas restritivas de direitos ou uma restritiva de direitos e uma multa"** (AgRg no HC n. 456.224/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 01/04/2019). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 587.473/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020 – g.n.).

Tal entendimento é corroborado por este E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE SOMENTE POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA Descabimento: **Não cabe ao condenado escolher a pena restritiva de direitos que mais lhe convém, mostrando-se correta a eleição de duas penas alternativas que, além de trazer benefícios à sociedade, afasta a sensação de impunidade e permite mais rápida ressocialização.** Recurso não provido.

(Apelação Criminal 0026178-45.2010.8.26.0451; Relator: J. Martins, 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba – 3ª Vara; Data do Julgamento: 24/04/2014 – g.n.).

Outrossim, descabido o pleito defensivo de redução da pena pecuniária imposta na r. sentença, uma vez não se verifica excesso no valor fixado, razão pela qual deve ser mantido.

Convém apontar que a apelante não trouxe aos autos qualquer prova da alegada hipossuficiência, não se desincumbindo do ônus que lhe é imposto no artigo 156, do Código de Processo Penal. Nesse sentido preleciona Norberto Avena: “(...) a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade, então, que somente o autor da ação penal tenha a incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação. Neste contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado.” (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro, Processo Penal Esquematizado, 4ª ed., São Paulo: Método, p. 449/450).

Destarte, ficam mantidas as penas restritivas de direitos, tais como impostas na r. sentença, sem prejuízo de eventual deliberação pelo Juízo da Execução, a quem cabe, “*motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal”, nos termos do art. 148 da Lei de Execução Penal.

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso interposto pela d. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator