



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra
Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DA LEI 9.503/1997). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE NÃO IMPUGNADA. DISCUSSÃO ACERCA DA PENA. ALEGADA CONDENAÇÃO EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS DA PRÁTICA DO NOVO CRIME. INOCORRÊNCIA. PRAZO DEPURADOR NÃO OBSERVADO. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. APELANTE QUE APRESENTA DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO ANTERIORES POR FATOS PRETÉRITOS. POSSIBILIDADE DE UTILIZAR UMA DELAS PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA E A OUTRA PARA CARACTERIZAR OS MAUS ANTECEDENTES. TEORIA DA MIGRAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL MANTIDA.

- Quando existir mais de uma condenação transitada em julgado, nada impede a utilização de uma delas para configurar a agravante da reincidência e a migração das demais para configurar a circunstância judicial dos maus antecedentes.

SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 269 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE APRESENTA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, ALÉM DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIME DOLOSO. MEDIDA QUE NÃO É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. SENTENÇA MANTIDA.

- A reincidência em crime doloso impossibilita a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do que estabelece o art. 44, II, e § 3º, do CP.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovimento do recurso.

- Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, da comarca de Mafra (Vara Criminal), em que é



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

2

apelante Lori Sandri de Paula Lisboa, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, **por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Com o pleno exercício do duplo grau de jurisdição, determina-se ao Juízo de origem a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena, acaso isso já não esteja sendo observado. Custas legais.**

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2018.

Assinado digitalmente

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia contra Lori Sandri de Paula Lisboa, dando-o como incurso nas sanções do art. 306, §1º, II e art. 309, ambos da Lei 9.503/1997, em razão dos seguintes fatos:

Na noite de 21 de maio de 2016, por volta das 3 horas, a Força Policial foi acionada via COPOM para atender um ocorrência de um veículo que transitava de forma irregular na Rua José Boiteux, desta comarca de Mafra-SC.

Chegando no local, os milicianos se depararam com o veículo Ford Ecosport, placas BNC-6615, atravessado na referida rua, em ângulo de 45º, com o motor ligado e no seu interior encontrava-se o denunciado LORI SANDRI DE PAULA LISBOA, momento em que constataram que este conduzia o referido veículo automotor em estado de embriaguez, conforme comprova o Auto de Constatação de Sinais de Embriaguez da fl. 19.

A Força Policial constatou, ainda, que o denunciado LÓRI SANDRI DE PAULA LISBOA conduzia o citado automotor, em via pública, sem a devida Carteira Nacional de Habilitação, gerando perigo de dano (fls. 1/2).

Sentença: o Juiz de Direito André Luiz Lopes de Souza julgou

Gabinete Des. Carlos Alberto Civinski



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

3

parcialmente procedente a denúncia para;

I) absolver Lori Sandri de Paula Lisboa quanto à imputação do crime disposto no art. 309 da Lei 9.503/1997, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; e

II) condená-lo pela prática do crime previsto no art. 306 da Lei 9.503/1997 (c/c art. 61, I e art. 65, III, "d", ambos do Código Penal), ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 7 (sete) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, sem substituição; à suspensão de obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, pelo período de 3 meses; e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 80-86).

Trânsito em julgado: muito embora não certificado pelo Juízo *a quo*, verifica-se que a sentença transitou em julgado para o Ministério Público.

Recurso de apelação de Lori Sandri de Paula: a defesa, representada pela Defensoria Pública, interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) nos termos art. 64, I, do Código Penal, as condenações extintas há mais de 5 (cinco) anos não são aptas a gerar reincidência, assim como não podem ser valoradas como maus antecedentes, de acordo com a interpretação que contempla o direito do indivíduo ao esquecimento pelo Estado julgador, sob pena de perpetuação dos efeitos da pena;

b) o Juízo *a quo* sopesou como negativa a condenação nos autos 0001940-92.2004.8.24.0041, a qual transitou em julgado em 29/5/2007, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos do fato analisado (21/5/2016), de modo que deve ser afastado o aumento sobre a pena-base;

c) a substituição da reprimenda corpórea por pena restritiva de direitos foi negada em razão da reincidência, contudo, não se trata de reincidência específica e, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais, o apelante faz jus ao benefício, nos termos do art. 44, §3º, do CP.



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

4

Requeru o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a afastar a exasperação na primeira etapa da dosimetria e conceder a substituição da pena (fls. 94-100).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que:

a) deve ser mantido o incremento de 1/6 (um sexto) por maus antecedentes, pois *"a referida decisão abordou outra condenação com trânsito em julgado, além daquela que o recorrente trouxe à baila"* (fl. 106);

b) *"não há uma condenação com trânsito em julgado, mas sim duas, 19409220048240041 e 44344620128240041, a primeira transitou na data de 29/05/2007 e a segunda em 29/07/2015. Note-se que não houve o lapso temporal necessário para configurar o art. 64, inciso I do Código Penal"* (fl. 106);

c) *"não há de ser falar em possibilidade de substituição da pena, visto que o réu é reincidente, conforme explanado anteriormente"* (fl. 106).

Postulou o conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (fls. 103-107).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti opinou pelo conhecimento e o desprovimento do recurso (fls. 115-117).

Este é o relatório.

VOTO

Do mérito

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de apelação interposta por Lori Sandri de Paula Lisboa, contra a sentença que o condenou pela prática do crime de embriaguez ao volante, nos termos do art. 306, *caput*, da Lei 9.503/1997.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

5

O referido artigo estabelece que:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

A materialidade e autoria ficaram comprovadas por meio do auto de prisão em flagrante (fl. 4), do boletim de ocorrência (fls. 20/21), do auto de constatação de embriaguez (fl. 22), dos depoimentos na fase policial (fls. 5/8), do testemunho do policial militar Diego de Lima (mídia à fl. 64) e pela confissão do recorrente (fl. 9). Em que pese a sentença aludir ao teste do bafômetro (fl. 81), observa-se que o apelante se recusou a realizá-lo (fl. 23).

O apelo versa tão somente sobre a aplicação da reprimenda. A materialidade e autoria não foram impugnadas. A discussão centra-se no reconhecimento de maus antecedentes e na concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A defesa sustenta a tese de que condenações extintas há mais de 5 anos não podem ser consideradas como maus antecedentes, uma vez que isto implicaria em perpetuação dos efeitos da condenação.

Nessa linha, pretende afastar a exasperação de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, ao argumento de que a condenação nos autos 0001940-92.2004.8.24.0041, transitou em julgado em 29/5/2007, há mais de cinco anos da data dos fatos aqui apurados, qual seja, 21/5/2016.

O Ministério Público requer a manutenção da sentença, por entender que o Togado sopesou duas condenações anteriores, àquela mencionada pela defesa e outra com trânsito em julgado em 29/5/2015, de modo que não transcorreu o prazo depurador do art. 64, I, do CP.

A esse propósito, transcreve-se excerto do édito condenatório:

A culpabilidade do réu é normal. Maior, mentalmente são, tinha noção da ilicitude de sua conduta, podendo lhe ser exigido comportamento diverso.



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

6

Quanto aos **antecedentes criminais**, observo que o réu possui uma condenação transitada em julgado, sendo **nos autos 19409220048240041**, pela prática do crime tipificado no art. 250. § 1º, II, "a", **com trânsito em julgado em 29/05/2007**, bem como condenação transitada em julgado nos **autos 44344620128240041**, pela prática do crime tipificado no art. 309, caput, da Lei 9.503/97, **com trânsito em julgado em 29/07/2015** (ver fls.65/69). Assim, em sendo duas condenações, considera-se uma como maus antecedentes e outra configura a reincidência e será sopesada na segunda fase dosimétrica. Não há elementos nos autos para aferir sua conduta social e personalidade. O motivo, circunstâncias e as consequências são inerentes ao tipo. De outro norte, o comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para a prática do crime.

Assim, ante a existência de uma circunstância judicial desfavorável ao réu, majoro a pena base em 1/6 (um sexto), ficando estabelecida em 7 meses de detenção e 12 dias-multa (fl. 84)(grifou-se).

Pois bem.

De início, cumpre ressaltar que o prazo a que se refere o inciso I do art. 64 do CP é contado pelo período compreendido entre a data do fato (ora apurado) e a *data do cumprimento ou extinção da pena*.

Consoante o art. 64, do CP, para efeito de reincidência: "*I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação [...]*".

Trata-se do denominado período depurador, após o qual a condenação pretérita do indivíduo não pode ser considerada para fins de caracterização de reincidência e suas consequências.

Posto que o fato sob análise ocorreu em 21/5/2016, ao examinar as certidões de antecedentes criminais (fls. 65-69), observa-se que o apelante possui três condenações pretéritas aptas a configurar reincidência:

I) 0001940-92.2004.8.24.0041 (fls. 66 e 68), cuja extinção da pena se operou em 1/8/2011;

II) 0004434-46.2012.8.24.0041 (fls. 67 e 69), pendente o pagamento da pena de multa, certificado em 26/2/2018;



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

7

III) 0004581-38.2013.8.24.0041 (fl. 67), com trânsito em julgado para a defesa em 16/10/2017, cujo cumprimento não foi certificado, todavia consta o pagamento da última parcela da pena de multa, apresentado em 9/11/2018.

Como se vê, ao contrário do alegado pela defesa, nem mesmo transcorreu o período depurador (em relação à presente infração e as condenações supra citadas), de forma que nem sequer seria o caso de discussão acerca da valoração negativa de condenações extintas há mais de cinco anos.

Registra-se, brevemente, que esta Corte filia-se à posição pacífica adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que a valoração dos maus antecedentes não caracteriza perpetuação da pena, mas traduz a individualização da sanção penal, conforme já se manifestou este Relator na Apelação Criminal 0000365-85.2017.8.24.0011, j. 23/11/2017, v.u.

No caso em tela, diante das três condenações transitadas em julgado do recorrente, o Magistrado *a quo* valeu-se de apenas duas (I e II), a primeira para exasperar a pena-base, em 1/6, em razão dos maus antecedentes, e a segunda para caracterizar a agravante da reincidência na segunda etapa de aplicação da pena.

Diante da existência de mais de uma condenação anterior, cujo trânsito em julgado deu-se anteriormente aos fatos em apreço, permite-se que uma delas seja utilizada para reconhecer a reincidência do agente e a outra para configurar a circunstância judicial dos maus antecedentes, o que é possível em razão da teoria da migração.

Nesse rumo, conforme posição reiterada do Superior Tribunal de Justiça, "*condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Precedentes.*" (HC 430.716/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 19.6.2018).



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

8

Também da Corte Superior, colhe-se o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. [...] 2. **A existência de quatro condenações definitivas anteriores ao fato criminoso pode ensejar a utilização de uma delas para a agravante da reincidência e de outras duas para reforçar a convicção do magistrado quanto ao reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes e personalidade reprovável).** [...] (HC 307.129/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. em 17.3.2016) (grifou-se).

No mesmo sentido, o entendimento desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART. 157, § 2º, INCS. I E II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. CONCURSO DE PESSOAS. TERCEIRO NÃO IDENTIFICADO. CONVITE. CESSÃO DA ARMA DE FOGO. VIGIA. COAUTORIA. 2. **MAUS ANTECEDENTES (CP, ART. 59). DUPLA REINCIDÊNCIA. MIGRAÇÃO.** 3. CONCURSO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (CP, ART. 67). COMPENSAÇÃO. ATENUANTE GENÉRICA (CP, ART. 66). EMBRIAGUEZ E DEPENDÊNCIA QUÍMICA. INEXISTÊNCIA DE PROVA. SUPOSTA INGESTÃO VOLUNTÁRIA. [...] 2. **Quando o acusado ostenta mais de uma condenação pretérita definitiva, caracterizadora da reincidência, é possível a migração de uma delas para a etapa dosimétrica inicial, a fim de valorar negativamente os antecedentes criminais,** sem que tal hipótese configure *bis in idem*. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal 2015.069360-5, de Sombrio, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 12.1.2016) (grifou-se).

Não se olvide que, autorizando a avaliação dos antecedentes do agente para a delimitação da pena-base, o próprio Código Penal reconhece a maior reprovabilidade sobre a conduta do agente que, já condenado pela prática de infração penal anterior, retorna a delinquir, precipuamente em razão da insuficiente condenação anterior.

Desse modo, a conduta posterior exige maior repressão na aplicação da dosimetria, a fim de impedir a reiteração criminosa do agente. A avaliação das circunstâncias judiciais e, dentre elas, os antecedentes do autor do fato, permite, nesse rumo, a individualização da pena. Admitir o contrário,



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

9

implicaria a imposição de sanções brandas aos acusados altamente perigosos, os quais pouco ou nem sequer se importam com a persecução penal e a ulterior prolação de sentença desfavorável.

Relevante apresentar, a propósito, a lição de Guilherme de Souza Nucci acerca do princípio constitucional da individualização da pena:

Individualizar significa particularizar uma situação ou tornar alguém individual; quer dizer distinguir uma coisa de outra, a fim de poder compreender, exatamente, o conteúdo, o alcance e a extensão do objeto analisado. A pena é a sanção penal destinada ao condenado, infrator da lei penal, cuja finalidade é multifacetada, implicando em retribuição e prevenção pela prática do crime. A junção desses termos, constituindo a individualização da pena, é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se intolerável padronização e o desgaste da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências. Logicamente, todos são iguais perante a lei, mas não perante uns e outros. Cada qual mantém a sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Esse contorno íntimo deve ser observado pelo magistrado no momento de aplicação da pena (Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 175).

No caso em comento, portanto, porquanto apresenta condenações anteriores com trânsito em julgado por fatos pretéritos, conforme o entendimento jurisprudencial, perfeitamente possível considerar uma delas como reincidência e a outra como maus antecedentes, nos exatos termos realizados pelo Magistrado sentenciante, inexistindo ilegalidade a ser reconhecida.

Mantém-se, pois, a valoração negativa dos maus antecedentes.

Quanto à substituição da reprimenda corpórea por pena restritiva de direitos, melhor sorte não assiste o recorrente.

A defesa alega que em se tratando de reincidência não específica, não subsiste a vedação do inciso II do art. 44 do CP, o que possibilita a concessão da benesse por serem as circunstâncias favoráveis.

O art. 44 do Código Penal preceitua:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Maфра

10

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Ou seja, para a concessão da substituição almejada, far-se-á necessária a presença dos requisitos preconizados no dispositivo legal acima transcrito, os quais são cumulativos.

Conforme se verifica no caso concreto, não estão cumpridos os requisitos previstos nos incisos II e III para conceder a substituição. Isso porque, repisa-se, o apelante é reincidente e ostenta maus antecedentes criminais.

Não obstante, reitera-se a argumentação supra, porquanto o apelante multirreincidente em crimes dolosos, assim como tem reincidência específica. Destaca-se que na ação penal 0004581-38.2013.8.24.0041, já anteriormente (item III), o recorrente foi condenado pela prática do crime de embriaguez ao volante (art. 306, *caput*, da Lei 9.503/1997), exatamente o mesmo tipo penal que motivou a sua prisão em flagrante e resultou na presente condenação.

Além disso, registra-se que a hipótese de substituição prevista no artigo 44, § 3º, do Código Penal, somente pode ser aplicada se esta for a medida mais adequada para atingir a finalidade deste instituto, que é evitar o encarceramento e realizar a devida prevenção do crime. Contudo, ainda que se desconsiderasse a reincidência específica e a multirreincidência, a substituição não seria socialmente recomendável, porquanto as circunstâncias indicam que a medida não seria suficiente, dado que, mesmo com as condenações anteriores, o apelante novamente perpetrou ilícitos.

De tal sorte, nega-se provimento ao pedido.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0001053-88.2016.8.24.0041, de Mafra

11

Execução Provisória

Reconhecida a responsabilidade penal e com o pleno exercício do duplo grau de jurisdição, deve ser adotada a nova orientação do Supremo Tribunal Federal, que passou a vigorar a partir do julgamento do HC 126.292/SP e estabeleceu ser possível o cumprimento imediato da pena quando já existente o pronunciamento judicial em segundo grau de jurisdição, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória e sem que isso caracterize afronta ao princípio da presunção de inocência. Tal entendimento foi reafirmado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida.

Assim, plenamente possível a determinação de início imediato da execução da pena, após o julgamento do presente recurso de apelação, sobretudo porque eventual interposição de recursos para os Tribunais Superiores não impede a execução da sentença condenatória, haja vista a ausência de efeito suspensivo para tais recursos (a teor do art. 637 do Código de Processo Penal e art. 995 do Código de Processo Civil).

Com efeito, determina-se o início imediato da execução da pena ora imposta, de modo que o juízo da condenação deverá tomar as providências necessárias, nos termos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e o desprovemento do recurso.

Este é o voto.