

- A fraude empregada no delito de furto qualificado (art. 155, § 4º, inciso II, CP) se presta a diminuir a vigilância da vítima sobre o bem, permitindo ou mesmo facilitando a sua subtração, ou seja, a *res furtiva* é retirada da sua esfera de disponibilidade sem que ele perceba a subtração. Nessa circunstância, o agente que simula interesse na aquisição de uma motocicleta e, sob o pretexto de testá-la, a subtrai comete o crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato, pois em momento algum aquiesceu a vítima em transferir àquele a propriedade ou a posse de seu automotor.

- Restando comprovado pelo depoimento das vítimas e demais provas dos autos que o agente, valendo-se de artifício ou ardid, obteve indevida vantagem ilícita em prejuízo daquelas, não há falar em absolvição por ausência de provas da autoria ou atipicidade de sua conduta.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0713.01.005774-1/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: S.R.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: C.A.F. - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de julho de 2013. - Antônio Armando dos Anjos - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Viçosa, S.R.S., vulgo "T.C.", alhures qualificado, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 171, *caput*, e § 2º, inciso I, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02-03 que, em data não informada do ano de 1998, o denunciado S.R., "demonstrando interesse em adquirir uma motocicleta Honda XL250-R, ano 1956, placa GQE 6861, convenceu o proprietário desta, Sr. C.A.F., a lhe entregar a moto e a sua respectiva documentação, sob o pretexto de experimentar o veículo, assim como verificar a existência de possíveis multas". A vítima, de boa-fé, concedeu o pedido a S., entregando-lhe, também, o recibo em branco da referida motocicleta.

Consta da denúncia que, de posse da motocicleta e de toda sua documentação, o denunciado vendeu-a para G.C.V., dispondo, assim, de coisa alheia como própria, induzindo a vítima a erro e causando-lhe sérios prejuízos.

Narra, ainda, que o denunciado, em 04.05.1998, entregou o recibo da referida motocicleta e toda sua

**Furto mediante fraude - Crime qualificado -
Desclassificação do crime - Estelionato - Não
cabimento - Concurso material - Autoria -
Materialidade - Prova - Tipicidade - Penas
restritivas de direitos - Substituição - Suspensão
condicional da pena - Inadmissibilidade**

Ementa: Furto mediante fraude. Desclassificação. Incabível. Estelionato. Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Absolvição. Inviabilidade.

documentação a J.M.S. como garantia de dívida referente à compra de uma outra motocicleta, obtendo, com isso, vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 223-233, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o réu S.R.S. como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, e art. 171, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, graduados no patamar unitário mínimo, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, a tempo e modo, apelou o réu (f. 234). Em suas razões recursais (f. 241-247), almeja o apelante a sua absolvição quanto aos delitos imputados, alegando inexistirem provas suficientes de autoria e materialidade a lastrear o decreto condenatório. Alternativamente, requer a desclassificação do delito de furto para o de estelionato, bem como a suspensão condicional da pena e a isenção do pagamento das custas processuais.

O recurso foi contrariado pelo Ministério Público (f. 248-257), pugnando pelo desprovemento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da il. Procurador, Dr. Marco Antônio Lopes de Almeida (f. 277-286), opina pelo desprovemento do recurso.

É o relatório do que interessa.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Não tendo sido arguidos questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidades que devam ser declaradas de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Inicialmente, impõe-se registrar que, embora os delitos tenham sido perpetrados no ano de 1998, não houve a transcurso de lapso temporal suficiente a fulminar a pretensão punitiva estatal.

Verifica-se que a denúncia foi recebida em 29.04.1999 (f. 02), sendo que, em razão de o réu se encontrar em local incerto e não sabido, o processo permaneceu suspenso, assim como o prazo prescricional, de 07.08.2000 (f. 43) a 15.02.2011 (f. 56). Após o regular processamento do feito, a sentença condenatória foi publicada em 22.08.2012 (f. 233-v.).

Desse modo, verifica-se que, entre os marcos interruptivos da prescrição, não houve o transcurso de lapso suficiente para se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

Conforme relatado, almeja o apelante a sua absolvição quanto aos delitos imputados, alegando inexistirem provas suficientes de autoria e materialidade a lastrear o decreto condenatório. Alternativamente, requer a desclassificação do delito de furto para o de estelionato, bem

como a suspensão condicional da pena e a isenção do pagamento das custas processuais.

Em que pese o esforço do ilustre advogado que patrocina a defesa do apelante, com a devida vênia, não há como acolher os pleitos absolutórios e o desclassificatório, pois, ao contrário do alegado, as provas amealhadas ao longo da instrução são mais do que suficientes para ensejar as condenações impostas.

Registre-se, por oportuno, que a materialidade dos delitos ficou sobejamente comprovada pelas provas produzidas na instrução criminal, sobretudo pela representação apresentada pela vítima C.A.F. (f. 06-07), auto de apreensão (f. 11), documentos do veículo (f. 12) e boletim de ocorrência (f. 17).

De igual modo, a autoria sobressai incontroversa nas provas amealhadas ao longo da instrução.

Passo, inicialmente, à análise dos pleitos absolutório ou desclassificatório em relação ao delito de furto mediante fraude (art. 155, § 4º, inciso II, do CP), perpetrado contra a vítima C.A.F., senão vejamos.

O furto mediante fraude se assemelha bastante com o delito de estelionato, apresentando características comuns que, contudo, não se confundem.

Ambos tratam de crimes contra o patrimônio, de ação penal pública incondicionada, possuindo a fraude como meio de execução.

Todavia, no furto qualificado (art. 155, § 4º, inciso II, CP), a fraude se presta a diminuir a vigilância da vítima sobre o bem, permitindo ou mesmo facilitando, com isso, a sua subtração. Assim, a *res furtiva* é retirada da sua esfera de disponibilidade sem que ele perceba a subtração.

Por sua vez, a fraude relativa ao estelionato se destina a induzir a vítima a erro, mediante uma falsa percepção da realidade, fazendo com que esta espontaneamente entregue o bem ao agente, sem se poder falar em subtração.

Os crimes envolvendo os “*falsos test-drives*” de veículos automotores, em princípio, configurariam o delito de estelionato, pois o agente se utiliza da fraude para ludibriar a vítima, que voluntariamente lhe entrega o veículo.

Porém, a jurisprudência já se consolidou, sobretudo por motivos de política criminal, que tal conduta configura o delito de furto mediante fraude (art. 155, § 4º, inciso II, CP), visto que a posse da *res furtiva* se apresenta precária, pois, em momento algum, a vítima concordou ou aquiesceu em transferir ao agente a propriedade ou a posse de seu veículo automotor.

Deve-se destacar, ainda, que a intenção do agente, desde o início, seria a subtração do veículo automotor, agindo com *animus furandi*. A propósito, a orientação jurisprudencial deste Tribunal:

Processual penal. Sentença. *Emendatio libelli*. Réu denunciado por estelionato e condenado por furto qualificado pela fraude. Nulidade. Inocorrência. Pleito de desclassificação

para estelionato. Impossibilidade. - 1. Nada obsta que o juiz dê ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Inteligência do art. 383 do Código de Processo Penal. 2. Restando comprovado que o réu, agindo com *animus furandi*, subtraiu bem móvel, mediante fraude, correta se mostra a condenação do agente como incurso nas sanções cominadas no art.155, § 4º, inciso II, do Código Penal (TJMG, 3º C.Crim., Ap. nº 1.0024.11.212515-8/001, Rel.º Des.º Maria Luiza de Marillac, v.u., j. em 26.02.2013; p. no DJe de 06.03.2013).

Apelação criminal - Penal - Furto qualificado por fraude versus estelionato - Agente que simula interesse na compra de veículo automotor e, sob o pretexto de testá-lo, o subtrai - Furto mediante fraude. - Agente que simula interesse na compra de veículo e, sob o pretexto de testá-lo, o subtrai da vítima comete furto qualificado por fraude, e não estelionato, pois, em momento algum, aquiesceu a vítima em transferir àquele a propriedade ou a posse de seu automotor (Des. Walter Pinto da Rocha) (TJMG, 4º C.Crim., Ap. nº 1.0433.02.043423-2/001, Rel. Des. William Silvestrini, v.u., j. em 29.11.2006, p. no DJe de 19.12.2006).

Seguro facultativo de automóvel - Indenização - Cobertura de furto e roubo - Alegação de apropriação indébita e estelionato - Descaracterização - Ocorrência de furto mediante fraude - Valor da indenização. - Se o veículo segurado estava à venda e foi entregue aos supostos interessados em sua compra para verificação das condições do mesmo e estes não o devolveram, não há falar em apropriação indébita ou em estelionato, mas sim em furto mediante fraude. - De conformidade com a norma inscrita no art. 1.462 do Código Civil, em se tratando de seguro facultativo de veículo, ocorrendo a perda total do bem, a indenização a ser paga ao segurado deve ser em valor igual àquele ajustado na apólice, independentemente de seu valor médio no mercado de automóveis, pois foi aquele valor que serviu de base para o cálculo do prêmio auferido pela seguradora (TJMG, 3º C.Crim., Ap. nº 2.0000.00.381216-2, Rel. Des. Paulo César Dias, v.u., j. em 05.02.2003, p. no DJe de 15.02.2003).

No mesmo sentido, a jurisprudência do colendo STJ:

Direitos civil e penal - Seguro de automóvel - Furto qualificado - Segurado vítima de terceiro que, a pretexto de testar veículo posto a venda, subtrai a coisa - Indenização prevista na apólice - Perda total do bem - Indenização - Pagamento do valor ajustado no contrato (apólice) - Recurso provido. - I - Segundo entendimento desta Corte, para fins de pagamento de seguro, ocorre furto mediante fraude, e não estelionato, o agente que, a pretexto de testar veículo posto à venda, o subtrai (v.g., REsp 226.222/RJ, DJ de 17.12.99, HC 8.179-GO, DJ de 17.5.99). II - Sendo o segurado vítima de furto, é devido o pagamento da indenização pela perda do veículo, nos termos previstos na apólice de seguro. III - Recurso conhecido e provido para julgar procedente o pedido, condenando a recorrida ao pagamento do valor segurado, devidamente corrigido desde a data da citação, invertendo-se os ônus sucumbenciais (STJ, 4º Turma, REsp 672987/MT, Rel. Min. Jorge Scartezini, v.u., j. em 26.09.2006, p. no DJe de 30.10.2006).

Direitos civil e penal. Seguro de automóvel. Furto qualificado. Segurado vítima de terceiro que, a pretexto de testar veículo posto a venda, subtrai a coisa. Doutrina. Precedente do tribunal. Indenização prevista na apólice. Perda total do bem. Indenização. Pagamento do valor ajustado no contrato

(apólice). Orientação da segunda seção. Recurso provido. Julgamento da causa. Art. 257, RISTJ. - I - Segundo doutrina de escol, a fraude, no furto, 'é o emprego de meios ardilosos ou insidiosos para burlar a vigilância do lesado. Não se identifica com a fraude característica do estelionato, isto é, com a fraude destinada não a iludir a vigilante oposição do proprietário, mas a captar-lhe o consentimento, viciado pelo erro a que é induzido'. II - Para fins de pagamento de seguro, ocorre furto mediante fraude, e não estelionato, o agente que, a pretexto de testar veículo posto à venda, subtrai o veículo. Nesse sentido, aliás, precedente deste Tribunal (HC 8.179-GO, DJ de 17.5.99). III - Sendo o segurado vítima de furto, é devido o pagamento da indenização pela perda do veículo, nos termos previstos na apólice. III - Nos termos da jurisprudência que veio a consolidar-se na Segunda Seção, tratando-se de perda total do veículo, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia corrigida ajustada na apólice (art. 1.462, CC), sobre a qual cobrado o prêmio (STJ, 4º Turma, REsp 226222/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. em 25.10.1999, p. no DJe de 17.12.199).

In casu, diante da análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da instrução criminal, entendo que o doto Sentenciante deu a correta solução à lide.

Verifica-se que o acusado S.R.S., mostrando-se interessado na aquisição da motocicleta XL250-R, placa GQE 6861, solicitou ao seu proprietário, a vítima C.A.F., que lhe permitisse fazer um *test-drive*, bem como o fornecimento dos documentos do veículo para verificar a existência de possíveis multas no sistema do Detran, no que foi prontamente atendido.

A vítima, de boa-fé e agindo de forma um tanto quanto temerária, teria entregado ao acusado, ainda, o recibo em branco da referida motocicleta.

De posse da motocicleta, o acusado não a restituiu ao seu real proprietário, tendo-a, inclusive, vendido à pessoa de G.C.V. e, ainda, entregado o recibo do veículo a J.M.S. como garantia de outra dívida.

O acusado S.R., ao ser ouvido na fase extrajudicial (f. 10), afirma que

[...] adquiriu do indivíduo conhecido por C., residente em Cajuri, uma motocicleta XL 250, anos 1986, cor vermelha, pela quantia de R\$1.600,00, tendo efetuado o pagamento da seguinte maneira: deu a quantia de R\$1.200,00 em espécie e pagou o conserto de tal motocicleta na oficina Promoto, que tal motocicleta o declarante vendeu para Gildo, residente na localidade de Capivara, zona rural de Cajuri; que o declarante, em mesma época, havia passado o recibo de tal veículo, como garantia de outra motocicleta adquirida, para o indivíduo conhecido por 'Z.M.', residente no sítio Boa Vista.

Em juízo (f. 198-199), o apelante altera substancialmente a versão anteriormente apresentada, na tentativa de se eximir de suas responsabilidades criminais, alegando que "nega terminantemente os fatos da denúncia, nunca tendo comprado nada do C., assim como nada vendeu para G.C.V.; nega também tenha passado a documentação da motocicleta para J.M.S.L. como garantia de dívida referente à aquisição de outra motocicleta".

Ora, a negativa do apelante se apresenta isolada diante dos demais elementos de convicção acostados aos autos, não tendo a defesa produzido nenhuma prova capaz de comprovar as alegações trazidas.

A vítima C.A.F., embora tenha apresentado um depoimento um tanto quanto vago em juízo (f. 102), dirigiu uma representação ao delegado de polícia da cidade de Viçosa narrando detalhadamente os fatos (f. 06), na qual consta que:

[...] após procurar o 'comprador', para sua surpresa, foi informado pelo mesmo que não daria documento, não pagaria e já havia transferido a moto para um rapaz possivelmente residente no lugar denominado 'C.', Z. R. de C., e o recibo em branco para um Sr. de nome J.M.S.L., bras. e que res. no lugar denominado 'Sítio Boa Vista' [...].

J.M.S. (f. 08 e 101), vítima do segundo estelionato praticado pelo apelante, informou que

[...] foi procurado por C.A.F., o qual alegou que S. havia pego a motocicleta constante em tal recibo, bem como os documentos, com a finalidade de apenas experimentar o veículo, não tendo devolvido nem sequer a motocicleta e muito menos os documentos; que, no recibo, em branco, consta tal motocicleta que S. pegou de C. (f. 08).

G.C.V., ao ser ouvido em juízo (f. 190), asseverou que "C. lhe informou, acompanhado de policiais, que o réu teria levado a sua moto para supostamente verificar a documentação, e não para vendê-la como se fosse sua; que nunca mais recebeu a moto ou o dinheiro".

Acrescente-se que, no processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o julgador forma a sua convicção pela livre apreciação da prova, sendo que indícios veementes de autoria equivalem a qualquer outro meio de prova e são aptos para embasar uma condenação criminal, desde que de maneira fundamentada e em consonância com as demais provas dos autos.

Logo, não tendo o apelante feito qualquer prova das escusas apresentadas nem desconstituído as provas existentes em seu desfavor, impõe-se a manutenção da condenação imposta na r. sentença condenatória, até porque, diante dos elementos colacionados, competia ao mesmo o ônus da prova da tese mais benéfica.

A propósito, sobre o tema preleciona Mirabete:

Ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade de que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa cabe ao acusado a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuricidade, culpabilidade e punibilidade, bem como circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena

etc.), ou benefícios penais (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 412) (grifei).

Desse modo, diante de todos esses elementos probatórios acostados aos autos, não há dúvidas de que o acusado, mediante a utilização de fraude, subtraiu para si a motocicleta pertencente à vítima C.A., sendo, pois, incabível o acolhimento do pleito absolutório ou mesmo o desclassificatório para o delito de estelionato.

Noutro norte, também se mostra incabível o acolhimento do pleito absolutório em relação aos dois delitos de estelionato (art. 171, *caput*, CP) perpetrados pelo apelante contra as vítimas G.C.V. e J.M.S.L.

Sabe-se que, para a configuração do delito de estelionato, tipificado no art. 171 do Código Penal, torna-se indispensável a concorrência de dois requisitos, quais sejam, fraude e lesão patrimonial.

Com efeito, de acordo com a uníssona doutrina, são elementos do crime de estelionato: a) o uso de artifício ou ardil; b) a idoneidade desses meios para surpreender a boa-fé de outrem; c) engano resultante do induzimento a erro; d) e o injusto proveito em prejuízo alheio, o que, sem sombras de dúvidas, se verifica no caso em apreço. Sobre o tema, com propriedade, preleciona Heleno Cláudio Fragoso:

O estelionato é crime material e de dano que se consuma com a vantagem ilícita patrimonial, que é o fim visado pelo agente. A fraude, o engano, é apenas o meio de que se serve. Não pode caber dúvida, pois, de que este é crime contra o patrimônio. A boa-fé e a veracidade nos negócios é apenas tutelada secundariamente, de maneira reflexa (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal - parte especial*. Edição universitária, rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. I, p. 446).

O delito previsto no art. 171 do Código Penal trata de crime material, razão pela qual a consumação delitiva ocorre com a produção do resultado, isto é, a obtenção da vantagem ilícita.

Na espécie, as provas dos autos demonstram, de maneira inequívoca, que o apelante S.R.S., depois de haver furtado a motocicleta pertencente a C.A., ludibriou as vítimas G.C.V. e J.M.S.L., causando-lhes prejuízos em proveito próprio.

Após o relatado furto, S., consciente e dolosamente, vendeu a motocicleta a G.C.V. pelo valor de R\$1.800,00 (mil e oitocentos reais), o qual confirma toda a negociação e os seus prejuízos, visto que a motocicleta foi apreendida e devolvida ao seu real proprietário, nos seguintes termos:

[...] que conhece o réu; que ele lhe vendeu a moto ZL 250 Honda; que ele falou que tinha comprado a moto em C.; que pagou R\$1.800,00; que C. lhe informou, acompanhado de policiais, que o réu teria levado a sua moto para supostamente verificar a documentação, e não para vendê-la como se fosse sua; que nunca mais recebeu a moto ou o dinheiro [...] (f. 190).

Registre-se que a motocicleta foi, de fato, apreendida na posse da vítima G.

Não bastasse, o apelante, mesmo já tendo vendido a motocicleta a G.C.V., repassou os documentos e o recibo da referida motocicleta a J.M. como garantia de uma dívida assumida com este, sendo eles prontamente localizados e apreendidos pela polícia na posse de J.M.

Bastante elucidativas são as palavras de J.M. (f. 08 e 101), confirmando ter sido induzido a erro pelo apelante, *verbis*:

[...] comprara uma motocicleta Today e poucos dias depois vendeu para o acusado, mas ele não pagou; depois, entregou para o depoente o recibo de uma moto, referente àquela referida nos autos, como garantia; todavia, a moto não lhe foi entregue, de sorte que devolveu o recibo quando procurado pela Polícia; ao entregar o recibo como garantia, o acusado disse que estava passando um objeto de maior valor, oportunidade em que disse que a moto corresponde ao dito recibo que lhe pertencia; ele contou que comprara a motocicleta correspondente ao recibo do rapaz que depôs em primeiro lugar, C.; [...] o recibo foi dado como garantia, de modo que, uma vez quitada a motocicleta que entregara ao acusado, o dito recibo seria restituído a ele [...] (f. 101).

O mesmo confirmou que “teve prejuízo da motocicleta que passou para o acusado, que não indenizou”.

Com efeito, o acusado agiu dolosamente ao revender a motocicleta alheia e, ainda, entregar os documentos e recibos a terceiros como garantia de dívidas suas, induzindo as vítimas a erro e, assim, conseguindo obter vantagens ilícitas, causando consideráveis prejuízos às mesmas.

Destaque-se que, nos termos acima expostos, a defesa não logrou êxito em comprovar nenhuma das teses apresentadas, não se incumbindo de seu ônus de comprovar a tese mais benéfica diante do vasto conjunto probatório dos autos.

Assim, não tendo o apelante desconstituído o acervo probatório produzido em seu desfavor, bem como comprovado as escusas apresentadas, impõe-se a manutenção do bem lançado édito condenatório, uma vez que não paira qualquer réstia de dúvida quanto à sua responsabilidade pelo delito que lhe foi imputado.

Noutro norte, pleiteia o apelante a aplicação do benefício da suspensão condicional da pena ao invés da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, não lhe assistindo razão.

A legislação pátria, nos arts. 59 e 77, inciso III, ambos do Código Penal, determina que o *sursis* só será aplicável nos casos em que não coubesse a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do *codex*, tratando-se, assim, de preceito subsidiário à aplicação das penas alternativas.

Com efeito, o art. 77 do Código Penal estabelece os requisitos para concessão do *sursis*:

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

- I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
- II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
- III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Ora, conforme exposto no referido dispositivo, por expressa imposição legal, só se concede o *sursis* na hipótese de não ser indicada ou cabível a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos.

Assim, presentes os pressupostos elencados no art. 44 do Código Penal para a substituição, por se tratar de um direito subjetivo do réu e sendo esta mais benéfica, impõe-se a substituição da pena privativa por restritivas de direitos em detrimento da suspensão condicional da pena, em quaisquer de suas modalidades. A propósito, oportuno trazer à colação a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Requisito objetivo-subjetivo: somente se aplica o *sursis* caso não caiba substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. É nitidamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que a pena restritiva de direitos é mais favorável que a suspensão condicional, de modo que o Juiz deve aplicá-la sempre que possível. Atualmente, diante das modificações trazidas pela Lei 9.714/98, no contexto das penas restritivas de direitos, o *sursis* tende ao esquecimento. Não há razão para aplicar a suspensão condicional da pena ao condenado primário à pena de dois anos de reclusão, se o mesmo sujeito, caso tivesse sido apenado a quatro anos de reclusão, poderia receber a substituição por restrição de direitos. Portanto, somente em casos excepcionais, quando não for cabível a substituição - como, por exemplo, quando se tratar de crimes violentos contra a pessoa, como a lesão corporal -, pode o juiz aplicar o *sursis* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 444-445).

Nesse mesmo sentido, é a orientação jurisprudencial:

Apelação criminal - Porte ilegal de arma de fogo - Absolvição - *Abolitio criminis temporalis* - Inocorrência. - O prazo concedido no art. 30 e art. 32 do Estatuto do Desarmamento para que possuidores e proprietários de arma de fogo e munição regularizem a situação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, por meio do registro ou entrega à Polícia Federal, restringe-se às hipóteses de posse, previstas no art. 12 e art. 16 da Lei 10.826/03, não alcançando o porte. Substituição das penas restritivas de direitos pelo *sursis* - Critério - Subsidiariedade do segundo benefício. - Segundo dispõe o inciso III do art. 77 do Código Penal, estando presentes as condições descritas no art. 44 do mesmo Diploma Legal, a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas é um direito subjetivo do réu, benefício mais favorável que a suspensão condicional da pena, o *sursis*, por isso este tem aplicação subsidiária àquelas (TJMG, 1º C.Crim., Ap. nº 1.0720.04.015852-2/001, Rel. Des. Judimar Biber, v.u., j. em 29.04.2008, p. no DJe de 30.05.2008).

Criminal. HC. Porte ilegal de arma. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Pretensão de concessão do *sursis*. Impossibilidade. Substituição da reprimenda que afasta a análise dos requisitos para a suspensão

condicional da pena. Ordem concedida para determinar a substituição da pena. - I. Requisitos da suspensão condicional da pena que abrangem o aspecto de que não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela reprimenda restritiva de direitos. II. Se a paciente reuniu as condições para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não há que se falar em análise da possibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional da pena. III. Remessa dos autos ao Tribunal *a quo*, com a determinação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. IV. Ordem concedida (STJ, 5ª Turma, HC 28212/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, v.u., j. em 01.04.2004, p. no DJU de 17.05.2004, p. 248).

Dessarte, apenas nas hipóteses nas quais a substituição não seja cabível, o magistrado deverá partir para a apreciação da possibilidade de conceder o *sursis*, em caráter subsidiário, de modo a evitar o encarceramento desnecessário do réu.

Presentes, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos para a substituição, incabível na espécie a concessão da suspensão condicional da pena prevista no art. 77 do Código Penal, mantendo-se, pois, a substituição operada na r. sentença de f. 223-233.

Por fim, no que concerne ao pleito de isenção de pagamento das custas processuais formulado, razão não assiste à defesa, já que é assente na doutrina e na jurisprudência dos nossos pretórios que as custas no processo penal constituem consequência da condenação (art. 804/CPP).

Ressalte-se, entretanto, que a negativa quanto à isenção do pagamento das custas processuais não acarreta nenhum prejuízo ao condenado pobre, no sentido legal, ou mesmo àquele assistido pela Defensoria Pública ou defensor dativo, os quais, até prova em contrário, continuam a ter direito à devida assistência jurídica, ficando, contudo, o pagamento das custas processuais sobrestado para a fase de execução enquanto perdurar o seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando, então, estará prescrito, conforme determina a Súmula nº 58 deste eg. Tribunal de Justiça, em referência ao art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a r. sentença digladiada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. FORTUNA GRION - De acordo com o Relator.

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •