



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000308233

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1516394-66.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, rejeitaram as preliminares arguidas e negaram provimento ao recurso Defensivo, nos termos que constarão do acórdão.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 27 de março de 2025.

FÁTIMA GOMES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO nº 13.039

APELAÇÃO nº 1516394-66.2024.8.26.0228

COMARCA: São Paulo – 18ª Vara Criminal

APELANTE: Gustavo Henrique de Souza

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Gustavo Henrique de Souza foi condenado por roubo, mediante grave ameaça, subtraindo um veículo e outros bens. A Defesa apelou, pleiteando exame de insanidade mental, recurso em liberdade, absolvição por arrependimento eficaz e reconhecimento de circunstâncias atenuantes.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) a possibilidade de instauração de incidente de insanidade mental; (ii) a concessão de recurso em liberdade; (iii) a aplicação de circunstâncias atenuantes e modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

III. Razões de Decidir

3. A preliminar de insanidade mental foi rejeitada, pois não foi requerida durante a instrução e não há evidências de comprometimento mental do réu.

4. O pedido de recurso em liberdade foi negado, pois o réu permaneceu preso durante a instrução e os requisitos da prisão cautelar permanecem inalterados.

5. A confissão do réu e os depoimentos das vítimas e testemunhas confirmam a autoria e materialidade do delito, não havendo espaço para absolvição por insuficiência probatória.

6. A dosimetria da pena foi corretamente aplicada, considerando as circunstâncias judiciais e atenuantes, sem possibilidade de redução abaixo do mínimo legal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Preliminares rejeitadas. Recurso Defensivo não provido.

Tese de julgamento: A instauração de incidente de insanidade mental deve ser requerida durante a instrução, salvo evidências posteriores. A manutenção da prisão cautelar é justificada pela continuidade dos requisitos legais. A confissão e depoimentos consistentes são suficientes para a condenação. A pena não pode ser reduzida abaixo do mínimo legal, mesmo com atenuantes.

Legislação Citada: Código Penal, art. 157, caput, art.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

70, art. 59, art. 33, § 2º, alínea “b”, art. 44, inciso III, art. 15, art. 16. Código de Processo Penal, art. 387, § 2º. Lei de Execução Penal, art. 112. Jurisprudência Citada: STJ, RHC 31.279/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 28.05.2013. STF, HC 89.824/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 28.08.08. STJ, AgRg no AREsp 865331/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 09.03.2017.

Vistos.

Trata-se de recurso apelação criminal interposto pela Defesa de **GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA** contra a r. sentença de fls. 237/242, que o declarou incurso no artigo 157, *caput*, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal, condenando-o à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Nas razões de seu recurso, pleiteou a Defesa, preliminarmente, a realização de exame de insanidade mental e recurso em liberdade. No mérito, postulou a absolvição em razão do arrependimento eficaz. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea e a imposição de regime inicial de cumprimento de pena aberto (fls. 277/295).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas contrarrazões (fls. 300/306).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou

às fls. 320/335.

É o relatório.

Ab initio e, na análise da pretensão recursal, cumpre inicialmente rejeitar a preliminar arguida, pois não é possível a instauração de incidente de insanidade mental, para a realização de exame a fim de se verificar a ausência de capacidade de discernimento do acusado.

Note-se que no presente caso, o Magistrado monocrático, se manifestou nos autos, conforme se vê às fls. 261:

“Não há a omissão reclamada pela douta e culta defesa.

Em defesa escrita falou a Defesa técnica em problemas psicológicos enfrentados pelo imputado, referindo-se a fatos efetivamente antecedentes à data do crime. Mencionou necessidade de perícia.

Logo após, em despacho em que se recebeu a defesa escrita, decidiu-se que o conteúdo dessa defesa, para análise cabal, demandava dilação probatória, e poderia mesmo se confundir com o mérito. Nesse passo, o que se decidiu, em verdade, foi que após audiência poderia ser verificada a efetiva necessidade ou desnecessidade da referida perícia.

De outro lado, naquele mesmo despacho de recebimento da defesa escrita, deu-se vista ao MP para que falasse especificamente sobre tal pedido, já com indicação ministerial de discordância.

Com efeito, o MP falou acerca dessa situação, requerendo que fosse dada vista à defesa para que esta esclarecesse se demandava pedido específico de instauração de incidente de insanidade mental.

A douta defesa falou após referido requerimento ministerial, e em momento algum requereu a instauração de tal incidente, menos ainda de modo específico.

Dessa forma, aguardou-se a efetiva instrução e, finda esta, falaram as partes em razões finais. Em momento algum, novamente, pediu a defesa, naquela oportunidade, a instauração de qualquer incidente de insanidade mental, limitando-se a narrar sobre os pretéritos problemas psicológicos que afetariam o imputado.

Dessa forma, foi prolatada a sentença, que enfrentou todos os pedidos específicos trazidos nas razões finais defensivas, que jamais abarcaram, reitere-se, requerimento de sustação do feito para instauração do referido incidente, sendo compreendido como superada tal questão.

Em assim sendo, omissão não há na decisão de mérito.”.

Demais disso, nem mesmo a redução da pena merece acolhimento, pois, como se viu, o réu não foi submetido a exame para se aferir a capacidade mental, que, aliás, só se justifica e se impõe quando o Juiz se convence, pelas evidências existentes nos autos, de que o acusado tinha diminuída ou prejudicada a capacidade de entender o caráter ilícito do fato em no momento do crime.

Por outro lado, o pedido para que o acusado aguarde em liberdade o julgamento do recurso não prospera, não sendo este o momento processual mais adequado para a formulação de tal pedido, tampouco o meio mais apropriado: o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal e não há sentido que seja solto quando

da prolação de sentença condenatória, na qual se materializam, ainda mais, a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade do acusado, mesmo que provisoriamente. Na hipótese dos autos, permaneceram inalterados os requisitos da prisão cautelar.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior
Tribunal de Justiça:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REITERAÇÃO DELITIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO. 1. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente - preso quando portava aproximadamente 252g (duzentos e cinquenta e dois gramas) de maconha e 1,66 (um grama e sessenta e seis decigramas) de cocaína - a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, a existência de indicativos nos autos no sentido de que a atividade delituosa era reiterada, o que evidencia a perniciosidade da ação ao meio social. Precedentes. 2. Superveniência de sentença que condenou o

Recorrente, pelos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de entorpecentes, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, negado o direito de apelar em liberdade.

3. O Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento 'de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar' (STF - HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08). 4. Recurso em habeas corpus desprovido" (RHC 31.279/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5.^a Turma, j. em 28/05/2013).

Ademais, o pedido para que possa recorrer em liberdade está prejudicado, uma vez que hoje já se realiza o julgamento do recurso.

Devidamente rechaçada a preliminar passa-se à análise do mérito recursal.

Consta da denúncia que, no dia 06 de julho de 2024, por volta das 05 horas e 50 minutos, em local incerto, porém em um sinal semaforico localizado próximo à Ponte da Rodovia Dutra, na cidade e Comarca de São Paulo, o ora apelante **GUSTAVO HENRIQUE DE SOUSA**, mediante grave ameaça exercida com a simulação de porte de uma arma de fogo contra A.T. de A. e C.P.M., subtraiu, para si, o veículo Fiat/Argo, placas QPL-3J03, de propriedade de A.T. de A., bem como a quantia de R\$200,00 (duzentos reais) em espécie, e uma cesta básica pertencente à vítima C.P.M.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 05/06), pelos autos de reconhecimento de pessoa (fls. 28/29), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 30), pelos autos de exibição, apreensão e entrega (fls. 31/32), pelo boletim de ocorrência (fls. 17/24), bem como pela prova oral colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A autoria, por sua vez, é inconteste.

O réu **GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA**, interrogado em juízo, confessou a prática delitiva, afirmando que, na data dos fatos, subtraiu o veículo e andou alguns quilômetros, quando colidiu em outro veículo. Ato contínuo, foi até sua casa pegar dinheiro com sua mãe para pagar o retrovisor do veículo com o qual havia colidido e, quando retornou ao local, visualizou os dois rapazes do carro batido com a polícia (já algemados). Achou injusta aquela situação e se aproximou dos policiais dizendo que o carro era seu. Informou que não pensou na mulher e na criança que estavam inicialmente no veículo roubado. Arrependeu-se da prática do crime no mesmo dia. Afirmou que já tentou suicídio e possui problemas da infância. Por fim, exaltou que subtraiu o veículo porque achou que a vítima fosse policial, e poderia ser baleado pelo ofendido (*Mídia SAJ – fls. 244*).

Por óbvio, a confissão apresentada pelo réu, incólume de quaisquer máculas ou imperfeições, tem valor probante incontestável, eis que encontra amparo nas demais provas amealhadas aos autos.

Nesse sentido, são aplicáveis à espécie os seguintes julgados, *in verbis*:

“A confissão judicial livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos autoriza a condenação do acusado, mormente se amparada no conjunto probatório.” (TACRIM-SP AP Rel. PENTEADO NAVARRO RJD 15/47).

Ainda:

“A confissão judicial constitui elemento seguríssimo de convicção. Apenas especialíssima e incomum circunstância que lhe evidencia a insinceridade justifica sua recusa.” (TACRIM-SP AP Rel. WALTER TINTORI RJD 12/112).

Com efeito vítima **A. T. de A.**, ouvida em juízo, reconheceu o acusado sem sombra de dúvidas e relatou que, na data dos fatos, estava com uma passageira e uma criança de colo no veículo, quando parou no semáforo e foram abordados, que mencionou que estava armado e subtraiu o automóvel e os pertences da passageira. Narrou que o veículo foi recuperado entre uma e duas horas após os fatos, sendo que realizou o reconhecimento do réu na Delegacia. Esclareceu que a passageira estava no banco de trás com o bebê no colo, a bolsa dela ficou no carro, no mesmo banco em que ela estava, assim como outros pertences, além de outros que bens que estavam no porta-malas. Afirmou que o acusado viu a criança pequena no colo da

outra vítima, mas nada adiantou. Por fim, destacou que foi informado que o réu colidiu com seu veículo no retrovisor de outro, ocasião que foi detido (*Mídia SAJ – fls.244*).

A ofendida **C.P.M.**, ouvida somente na fase policial narrou que solicitou uma viagem por aplicativo e durante o trajeto quando o semáforo fechou, por volta das 05h55min, foram abordados por um rapaz que estava atravessando a faixa de pedestre. O rapaz era magro, com estatura mediana deu voz de assalto para o motorista do aplicativo dizendo para descer e que estava armado e atiraria e, nesse momento pegou sua filha no colo e desceu do veículo, correu até ao ponto de ônibus mais próximo onde solicitou ajuda a um popular que a ajudou a subir no ônibus. Disse que quando estava subindo no ônibus, o motorista do aplicativo também apareceu informando que o acusado havia fugido com o veículo e os pertences da ofendida que estavam no veículo. Declarou que desembarcou com a outra vítima no ponto de ônibus posterior, momento que acionaram a Polícia Militar por telefone. O motorista do aplicativo estava rastreando o veículo pelo celular e quando visualizaram uma viatura da Polícia Militar, ele informou a localização do veículo. Se dirigiram até o local que marcava o destino do veículo e depois foram conduzidos para o Distrito Policial. Destacou que após a localização do veículo, sentiu falta de uma cesta básica no valor aproximado de R\$300,00 (trezentos reais) e R\$200,00 (duzentos reais) em espécie que estava no interior de uma mochila que se encontrava dentro do veículo. Posteriormente foi informada pelos policiais militares que o valor monetário subtraído foi encontrado em posse do acusado. Reconheceu sem sombra de dúvidas o

réu como o autor do roubo (fls. 12).

Frise-se que, em crime deste jaez, a palavra das vítimas reveste-se de irrecusável valia, mormente porque tais pessoas, por não conhecerem os autores da subtração e terem sofrido a ação delituosa, buscam tão somente descrever os fatos e apontar os seus verdadeiros protagonistas, não tendo interesse em acusar falsamente inocentes.

Neste sentido, o entendimento dos nossos tribunais:

“Tratando-se de crime de roubo, não se exige, para a prova material do delito, a apreensão da res furtiva. No crime de roubo, a palavra da vítima é de suma importância e deve ser levada em consideração, mormente quando encontra ressonância na prova carreada ao processo” (TJSP, Apelação 10290150014-16.2001).

“Cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios, quais sejam o reconhecimento feito pela vítima...” (Superior Tribunal de Justiça – AgRg no AREsp 865331/MG – Agravo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Regimental em Recurso Especial – Relator Ministro
RIBEIRO DANTAS – Quinta Turma – data do julgamento
09/03/2017).

Corroborando com os relatos das vítimas, o policial militar **Lucas Cardoso de Miranda**, ouvido em juízo, esclareceu que, na data dos fatos, soube do roubo via COPOM. Aduziu que visualizou o veículo com porta aberta e duas pessoas próximas, mexendo nele. Esses rapazes, disseram que o veículo havia batido no veículo deles e, nesse meio tempo, o acusado chegou, alegando ser o proprietário do carro. Após as diligências, soube que o réu havia roubado o veículo. Narrou que jamais havia se deparado com uma situação como a presente, em que o réu age dessa forma. Esclareceu que conversou com as vítimas e elas contaram que o acusado fez menção de estar armado, subtraindo o veículo e outros bens. Acrescentou que a vítima (o motorista) reconheceu o réu como sendo o assaltante. Por fim, destacou que o acusado confessou a autoria do delito (*Mídia SAJ – fls. 244*).

Ressalta-se, por oportuno, que policiais e guardas municipais não estão impedidos de depor e seus depoimentos devem ser valorados como quaisquer outros, até porque as testemunhas prestaram depoimentos coesos, sob o crivo do contraditório, e, portanto, gozam de idoneidade, especialmente porque não se demonstrou que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente o réu, de modo que seus depoimentos constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação.

Os depoimentos prestados se mostraram isentos, coerentes e válidos. Merecem a normal credibilidade dos testemunhos em geral. Como toda testemunha, o agente policial ou mesmo o guarda municipal assume o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, ficando sujeito, como qualquer outra pessoa, às penas da lei, na hipótese de falso testemunho. Diferente do réu que pode cometer perjúrio sem nada arcar. Assim, o testemunho vale, não pela condição do depoente, mas pelo conteúdo de verdade que exprime. Estando o depoimento do agente da lei em harmonia com as demais provas dos autos, não há razão para desprezá-lo, apenas por se tratar de policial. Ademais, pequenas divergências entre os relatos prestados são presumíveis e não possuem o condão de desnaturá-los, mormente em razão do lapso temporal decorrido entre a data dos fatos e a oitiva em juízo.

Não é demais trazer à colação o que já decidiu a respeito o Colendo S.T.F.:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se

demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (Habeas Corpus nº 74.608-0-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 11.04.97).

E este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo não discrepa:

“PROVA - Testemunha - Policial Militar - Validade - Reconhecimento - Impossibilidade de invalidar o depoimento de Policial Militar, por suspeito ou impedido de depor, só porque ostenta essa qualidade, uma vez que, seria incurial, um verdadeiro contrassenso, o Estado credenciar alguém como seu agente e, ao depois, quando este prestasse conta de suas diligências, fosse taxado de suspeito - Recurso improvido.” (Apelação Criminal nº 103.338-3/6, Rel. Des. UBIRATAN DE ARRUDA, 9ª Câmara Criminal, j. em 30/01/200).

“PROVA - Testemunha - Os agentes públicos tais como policiais militares, civis e agentes penitenciários, não são, apenas pela sua condição funcional, suspeitos de parcialidade quando prestam declarações como testemunhas em processo criminal, posto que ligados à segurança pública não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes devendo-se atribuir validade ao declarado principalmente quando em

harmonia com o conjunto probatório colecionado - Recurso defensivo não provido” (Apelação criminal nº 0000179-16.2010.8.26.0411, Rel. Des. CAMILO LÉLLIS DOS SANTOS ALMEIDA, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. em 05/06/2014).

“Crime de porte ilegal de arma de fogo e munição. Lei nº 10.826/03, art. 14. Condenação criminal decretada em primeira instância. A Defesa apela em busca da anulação do feito e, no mérito, da absolvição, por insuficiência probatória. Impossibilidade. Sobre as preliminares, foram bem rechaçadas em primeira instância. O uso de algemas pelo sentenciado na audiência restou bem justificado. Ademais, o uso de videoconferência pelo juízo não trouxe prejuízo algum à parte (CPP, art. 563). No mérito, a negativa do sentenciado restou isolada no conjunto probatório. Mais do que isso, ele foi desmentido, nas suas palavras, pelo policial ouvido. Os relatos de policiais têm eficácia probatória, preponderando sobre as palavras isoladas do agente, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova. Condenação criminal mantida. Penas aplicadas nos mínimos legais. Recurso defensivo a que se nega provimento” (Apelação criminal nº 3020099-96.2013.8.26.0320, Rel. Des. SOUZA NERY, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. em 28/01/2016).

Como se vê, portanto, o conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o réu praticou o delito de roubo,

mormente pelos relatos das vítimas, pelos reconhecimentos pessoais positivos realizados tanto em solo policial quanto em juízo, pelos depoimentos prestados pelos agentes policiais, bem como pela própria confissão prestada em juízo, não sendo o caso, portanto, de absolvição por insuficiência probatória.

Ademais, não importam os meios de que se vale o agente para a prática da subtração – o sacar de uma arma; o mostrar que tem uma arma; o fingir que tem uma arma, simplesmente o ameaçar, sem arma. Tampouco faz-se necessária a sinceridade da ameaça, basta ser indubitoso que, em razão dela, a vítima sequer pensou em reagir à ação delituosa, o que aliás ficou bem demonstrado no caso “sub judice”, diante do relatado pela vítima em juízo, que foi ameaçada com um objeto que acreditava ser uma arma de fogo, o que basta para a configuração do delito de roubo.

Neste sentido:

“Na atual crescente onda de violência urbana, o simples uso da expressão “é um assalto”, acompanhada da advertência de se achar o agente armado, ainda que tal não seja verdadeiro, é mais do que suficiente não só para atemorizar, como para retirar do sujeito passivo qualquer pretensão de resistência, caracterizando, assim, a grave ameaça tipificadora do roubo” (AC. Um., 2ª. Câ., DJ 11.02.1987, p. 72)

Por outro lado, é mister asseverar que o crime

de roubo ocorreu em sua forma **consumada**. Com efeito, o réu empregou grave ameaça, desapossou os bens das vítimas manteve sua posse, consumando-se o delito, pouco importando se parte da *res* fora recuperada, eis que somente após diligência policiais. Outrossim, parte dos bens jamais fora localizada.

Neste sentido, enuncia a Súmula 582 do Superior Tribunal de Justiça: “*Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada*”.

Diante deste contexto, a condenação do réu pela prática do delito previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal era mesmo de rigor, não sendo caso de absolvição por insuficiência probatória.

Por outro lado, em que pese os judiciosos argumentos defensivo não é o caso, do reconhecimento da desistência voluntária ou de arrependimento eficaz, configurados no art. 15 do Código Penal, ou ainda o arrependimento posterior previsto no art. 16 do mesmo Codex, isto porque somente tais benesses são reconhecidas quando o agente desiste de prosseguir na execução do delito ou impede que o resultado se produza através de ato voluntário ou, ainda, reparo o dano ou restitui o bem. Ademais, para o arrependimento posterior é necessário que o delito tenha sido praticado sem violência ou grave

ameaça à pessoa.

Assim, no primeiro caso o agente inicia os atos executórios, mas antes que se esgotem todos os meios disponíveis para a consumação do delito, este por vontade própria desiste de prosseguir na ação, não se confundindo com a forma tentada do delito.

No caso vertente, o apelante exigiu a entrega dos bens mediante grave ameaça com simulação estar armado, tomando os bens, fugindo do local e após colidindo com outro veículo. Nesse sentido, quando da colisão, o delito já estava consumado, acrescentando que o resultado do roubo, ou seja, a própria subtração dos bens, já havia produzido seus efeitos, conforme bem mencionou o magistrado de origem. Ademais, não há que se cogitar de arrependimento posterior, haja vista, que os bens subtraídos, não foram devolvidos espontaneamente pelo acusado, mas tão somente após a atuação policial, acrescentando como acima mencionado, em delitos em que a violência e ou grave ameaça, não podem o instituto ser aplicado.

Assim, não há o que se falar em absolvição por insuficiência probatória ou pela atipicidade da conduta, sendo a condenação do réu, portanto, medida de rigor, passando-se à análise da dosimetria.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juízo sentenciante fixou a reprimenda basilar acima de seu patamar mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, conforme muito bem fundamentou: *“Na fixação das penas, atento ao que dispõe o*

art. 59 do Código Penal, deve a sanção do delito de roubo, tomado um dos crimes, idênticos, como base, ser aumentada de seis meses, em razão da maior gravidade do caso concreto, de subtração de veículo automotor, de alto valor, havendo nele passageira mulher, com criança de colo, ciente disso o imputado. A pena é de quatro anos e seis meses de reclusão e onze dias multa.”

Frise-se que, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, o juízo pode, após examinar as nuances e especificidades sobre o caso em que se debruça, atuar discricionariamente na escolha da sanção aplicável ao caso, bastando, para tanto, motivar o *decisum*, a teor do que dispõe o artigo 59 do Código Penal e o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, pois atendendo justamente a tais dispositivos para se individualizar a pena.

Nesse sentido, leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que análise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim, critérios subjetivos, de cada caso concreto, mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por natureza, princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétrea” (Individualização da Pena, Ed. RT, 2ª Ed., 2007, p. 195).

Diante disso, a fração aplicada, revela-se

adequada e absolutamente correta e fundamentada, eis que valorada em plena conformidade com os ditames previstos no artigo 59 do Código Penal.

Na segunda fase da dosimetria da pena, incidiu a circunstância atenuante da confissão espontânea e da menoridade relativa, razão pela qual o juízo monocrático, retornou a pena ao patamar mínimo legal, em homenagem à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Não incidiram circunstâncias agravantes.

Ressalte-se que não se pode determinar a redução da pena aquém do mínimo legal, mesmo que exista circunstância atenuante. Em respeito ao critério legal de cominação das penas, estas devem ser fixadas dentro dos limites previstos. A violação desta determinação invadiria matéria cuja prerrogativa exclusiva é do legislador, o qual estabelece diretrizes para que o julgador fixe a pena justa.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

“Recurso Repetitivo Tema 190/STJ – Tese firmada: “O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal” (REsp 1117068/PR e REsp 1117073/PR).

A finalidade do verbete é impedir que o magistrado desborde dos limites impostos pela lei e viole a separação dos poderes.

O Brasil adotou na aplicação da pena o sistema da relativa determinação, e não o da indeterminação da pena. Tanto na primeira quanto na segunda fase da aplicação, utilizou-se das expressões "*dentro dos limites previstos*" e "*do limite indicado*", respectivamente no inciso II do artigo 59 e no artigo 67 do Código Penal. Assim, em tais etapas devem ser respeitados os limites mínimo e máximo abstratamente cominados pelo tipo secundário. Assim, na segunda etapa da dosimetria a pena permanece no mínimo legal.

Em que pese não ser vinculante a Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, referida Súmula é de aplicação recorrente por grande parte dos tribunais brasileiros e, uma das justificativas utilizadas é em razão de tratar-se de posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema GUILHERME NUCCI
leciona que:

(...) as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador' (in Comentários ao Código Penal, 2006,

p. 436-437).

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INVOCAÇÃO DEFENSIVA DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE. ARMA QUE SE ENCONTRAVA DESMUNICIADA. DESCABIMENTO. IRRELEVÂNCIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. ERRO DE PROIBIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL DIANTE DA CONSTATAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. APELANTE PATROCINADO POR DEFENSOR PÚBLICO. CUSTAS ISENTAS DE OFÍCIO. - Suficientemente comprovadas a autoria e materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, conforme demonstrado pela confissão do réu e demais elementos do acervo probatório, descabido o pleito de absolvição por ausência de provas. - É irrelevante para a ocorrência do tipo penal do artigo 14 da Lei 10.826/2003 que a arma esteja ou não municiada, porque se trata de delito formal e de perigo abstrato, não sendo necessária a demonstração do efetivo perigo no caso concreto para a sua configuração. - Restando demonstrado que o apelante

possuía plena condição de conhecer e entender o caráter ilícito de sua conduta, não há que se falar em nenhuma das hipóteses de erro de proibição contida no art. 21 do CP. - Conforme entendimento firmado pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", por violar o princípio da legalidade. - Verificado que o recorrente está sendo patrocinado por Defensor Público, deve-se isentá-lo, de ofício, do pagamento das custas processuais".

"Furto qualificado. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão espontânea, validade dos depoimentos policiais e declarações da vítima. Condenação acertada. Pena mantida. Aumento pelo mau antecedente que, embora devido, é compensado com a redução determinada por uma das atenuantes. A especificidade da reincidência, embora possa ser valorada de maneira mais rigorosa, nem sempre implica preponderância sobre a confissão espontânea. Precedentes. Impossibilidade de, na segunda fase da dosimetria, reduzir a pena aquém do mínimo legal. Manutenção do regime semiaberto. Quantidade de pena, circunstâncias do delito e confissão que desaconselham a fixação do regime fechado, a despeito do histórico criminal. Recurso da defesa improvido, parcialmente provido o do Ministério Público, sem efeito na pena ou no regime" (TJ-SP - APR: 00822787820188260050 SP 0082278-78.2018.8.26.0050, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 15/03/2021, 10ª Câmara de Direito Criminal,

Data de Publicação: 15/03/2021).

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição de pena e, em razão do concurso formal de crimes, a pena foi aumentada em 1/6 (um sexto), resultando em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias multa, no mínimo legal permitido.

Cumprе ressaltar que não há no ordenamento jurídico pátrio lei que estabeleça frações específicas para exasperação da pena, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal

Cabível a manutenção do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, tendo em vista os fins punitivo e dissuasório das penas (artigo 59 do Código Penal). Ademais, os extratos de pena previstos no artigo 33, parágrafo 2º, do referido diploma legal, não são aplicáveis com rigidez pétrea, por conta dos princípios da individualização das penas e da isonomia, comprometendo-se uma resposta punitiva estatal adequada ao caso analisado. Se não bastasse, o delito de roubo possui como elementares violência e grave ameaça, o que torna imperiosa a imposição de regime inicial mais gravoso, em plena conformidade com os ditames previstos no artigo 33, parágrafo 2º, alínea “b”, do Código Penal, afastando-se o pleito defensivo de alteração de regime.

E nem se alegue, igualmente, ofensa aos

entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso dos autos.

Segundo ensina GUILHERME NUCCI, a proporcionalidade “*significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores*” (in Manual de direito penal 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020).

Outrossim, mostra-se desarrazoada a aplicação do benefício de substituição da pena corporal pela pena restritiva de direitos, eis que, entende-se tal modificação ser incabível e não ser recomendável, pois não preenchido o critério legal previsto no inciso III do artigo 44 do Código Penal, haja vista que o delito praticado possui como elementares violência física e grave ameaça.

Impende anotar, ainda, que isso não impede que eventual pleito de aplicação do raciocínio previsto no artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal seja formulado em sede de Execução Penal, na qual poderão ser analisadas, se o caso, pretensões de detração da pena e de eventual modificação de regime.

Com efeito, a inovação normativa inserida pela Lei nº 12.736/12, que acresceu o parágrafo 2º ao artigo 387 do Código de Processo Penal, permitindo a aplicação do instituto da

detratação já no momento da prolação da sentença condenatória pelo juízo de conhecimento, deve ser interpretada sistematicamente com a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), bem como com legislação extravagante. Nesse diapasão, o artigo 112 da LEP determina que o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário, requisito essencial para a concessão de progressão de regime prisional.

Nesta toada, frisa-se que a demonstração efetiva dos requisitos supramencionados é encargo probatório do apelante, de tal modo que, não preenchidos os pressupostos legais, não há como fixar-se regime inicial mais benéfico para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITAM-SE AS PRELIMINARES ARGUIDAS E NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso Defensivo, mantendo-se a r. sentença prolatada, tal como lançada.

FÁTIMA GOMES

Relatora