



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000317539

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501914-29.2024.8.26.0537, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante VÍTOR LIMA GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), RENATA WILLIAM RACHED CATELLI E LEME GARCIA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº. 1501914-29.2024.8.26.0537

Comarca: São Bernardo do Campo

Apelante: VITOR LIMA GOMES

Apelado: Ministério Público

VOTO Nº. 34.443

Apelação. Roubo majorado. Pleito defensivo objetivando a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a redução da reprimenda, na fase intermediária, abaixo do mínimo legal, em virtude da existência de duas atenuantes, a compensação entre a atenuante da menoridade relativa e a majorante do concurso de pessoas, o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, a exclusão da pena de multa, a incidência da detração penal para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, impondo-se regime menos gravoso, a aplicação da suspensão condicional da pena e, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Parcial viabilidade. Farto conjunto probatório demonstrando que, agindo em concurso de agentes com indivíduo não identificado e mediante grave ameaça, o apelante subtraiu um motociclo, um celular e o capacete da vítima Daniela. Confissão judicial que se coaduna com as provas orais e documentais, devendo subsistir o édito condenatório, sobre o qual sequer houve insurgência defensiva. Cálculo de penas que comporta reparo. Valoração de majorante na primeira fase que afronta o sistema trifásico da dosimetria. Fixação das basilares no mínimo legal. Atenuantes contidas no art. 65, I (menoridade relativa) e III, “b” (réu que firmou um termo extrajudicial de reparação de danos com a vítima), do CP devidamente sopesadas. Necessidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, porém, sem reflexos na pena, consoante S. 231 do STJ. As circunstâncias atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover o rompimento da pena fixada, em abstrato, pelo legislador, atendendo aos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Precedentes do STF e do STJ. Possibilidade de afastamento da majorante do emprego de arma de fogo. Circunstância que não foi descrita com firmeza pela vítima, a qual fez referência à simulação de porte de arma de fogo na delegacia de polícia. Dúvida que deve beneficiar a defesa. Majoração em 1/3 pela incidência

do concurso de agentes. Penas finalizadas em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, calculados no piso legal. Inafastabilidade da pena de multa, cominada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, no preceito secundário do tipo penal violado. Viabilidade de fixação do regime inicial semiaberto, no lugar do fechado imposto na sentença, considerando as condições pessoais favoráveis do réu (primário e sem antecedentes criminais) e as circunstâncias específicas do caso concreto (confissão espontânea, menoridade relativa, restituição integral dos bens roubados, elaboração de acordo extrajudicial para reparação dos danos causados à motocicleta da vítima e prisão preventiva desde 6/9/2024). Impossibilidade de concessão da gratuidade da justiça. Parcial provimento.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Vitor Lima Gomes** contra sentença prolatada em 4 de fevereiro de 2025 (fls. 221/229), pela MM. Juíza de Direito, Dra. Fernanda Alves da Rocha Branco de Oliva Politi, da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que o condenou às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 16 dias-multa, calculados no piso legal, por infração ao art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, do Código Penal.

Irresignado, por sua defesa técnica, o réu interpôs recurso de apelação (fls. 245/261), pleiteando, em síntese, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a redução da reprimenda, na fase intermediária, abaixo do mínimo legal, em virtude da existência de duas circunstâncias atenuantes, a compensação entre a atenuante da menoridade relativa e a majorante do concurso de pessoas, o afastamento da

majorante do emprego de arma de fogo, a exclusão da pena de multa, a incidência da detração penal para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, impondo-se regime menos gravoso, a aplicação da suspensão condicional da pena e, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O recurso foi contrarrazoado (fls. 268/278) e, em seu parecer (fls. 293/302), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento ao apelo.

É o relatório.

Devidamente processado, o recurso defensivo comporta parcial provimento.

Segundo descreve a denúncia, no dia 5 de setembro de 2024, por volta de 20h10, na Rua Avaré, s/n, na cidade de São Bernardo do Campo, o apelante, agindo em concurso de agentes com indivíduo não identificado e mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraiu, em proveito comum, o motociclo *Yamaha MT03 ABS*, placa SUH2A18, avaliado em R\$ 34.000,00, um aparelho celular *Apple*, avaliado em R\$ 2.500,00 e um capacete *LS2*, avaliado em R\$ 750,00, bens pertencentes à vítima *Daniela Ferreira do Nascimento*.

Não havendo insurgência defensiva acerca da dinâmica dos fatos e o respectivo desfecho condenatório, o qual, ademais, está em conformidade com as provas coligidas aos autos (incluindo-se a confissão parcial do apelante), passo à análise da dosimetria das penas.

Na primeira fase, consoante o art. 59 do

Código Penal, a magistrada *a quo* exasperou as basilares à fração de 1/6, considerando o concurso de agentes como circunstância judicial desfavorável.

No entanto, não agiu com o costumeiro acerto o *decisum*, ao recrudescer as básicas com fundamento no concurso de agentes, sob pena de afronta ao sistema trifásico da dosimetria da pena, pois, tratando-se de circunstância criada pelo legislador para elevar a pena na terceira fase, não pode ser transferida pelo operador do direito para a primeira etapa.

Dessa forma, uma vez ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, as basilares ficam mantidas no mínimo patamar legal, totalizando 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, irretorquível o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 65, inciso I (menoridade relativa) e inciso III, alínea “b” (réu que firmou um termo extrajudicial de reparação de danos com a vítima, fls. 168/173), do Código Penal.

Vislumbra-se cabível, ainda, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois, à evidência, o apelante admitiu, em juízo, ter subtraído os bens do ofendido, malgrado tenha negado a utilização da arma de fogo, nos termos da imputação contida na denúncia.

Não se olvide, ademais, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, “*mesmo nas hipóteses de confissão qualificada ou parcial, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal*,”

independentemente de a confissão ter sido utilizada como elemento de convicção do julgador” (STJ, EDcl no AgRg no HC n. 753.304/RS, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 12/12/2022, v. u.).

No entanto, não obstante a necessidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, resta intangível promover qualquer redução aquém do mínimo legal, porquanto vedada nos moldes da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse ponto, ressalta-se que as circunstâncias atenuantes *não fazem parte do tipo penal*, de modo que não têm o condão de promover o rompimento da pena fixada, em abstrato, pelo legislador, atendendo aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Sobre o tema, vimos nos posicionando:

Fixação da pena abaixo do mínimo legal: *utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado*

deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, os mesmos que a defendem não utilizam idêntico critério para as agravantes, ou seja, se a pena-base estiver no teto, havendo agravante, poderia o juiz ultrapassá-lo. São dois pesos e duas medidas. Parece-nos incorreta essa visão, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. O mesmo se dá com as agravantes, como expusemos na nota 28-A supra. 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 legislador¹.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. Forense, 18ª Ed., nota 77 do art. 65.

Na mesma linha, segue o entendimento dos Tribunais Superiores, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL PELA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA: IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO PESSOAL E DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME: FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(HC 232810 AgR, 1ª T., rel. Cármen Lúcia, 8/11/2023, v.u., grifamos)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231/STJ. PLEITO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A incidência de circunstância atenuante, como a confissão espontânea, não pode conduzir à redução da pena para aquém do mínimo legal, conforme dispõe a Súmula n. 231 deste Tribunal Superior.

2. "A incidência do verbete n. 231/STJ permanece firme na jurisprudência desta Corte e o Agravante não trouxe argumento idôneo que, em tese, poderia justificar uma modificação do entendimento acerca do tema (overruling)" (AgRg no AREsp n. 2.243.342/PA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 9/5/2023).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 856.205/ES, 6ª T., rel. Antonio Saldanha Palheiro, j. 11/12/2023, v.u., grifamos)

Desse modo, não obstante o reconhecimento de três atenuantes, as penas permanecem inalteradas.

Na terceira etapa, comporta guarida o pedido defensivo concernente ao afastamento da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo.

Isso porque, embora não se olvide da desnecessidade de apreensão do artefato para fazer incidir a majorante em referência, decerto que sua utilização deve

encontrar respaldo com os demais elementos de prova angariados aos autos, em especial, o depoimento da vítima.

In casu, no entanto, remanescem dúvidas sobre a efetiva utilização da arma de fogo na empreitada criminosa, já que a vítima ofereceu relatos distintos em sede policial e em juízo.

Na primeira oportunidade, a ofendida aduziu que a grave ameaça exercida pelos assaltantes resultou de simulação de porte de arma de fogo (fl. 12). Em sede judicial, por sua vez, mencionou a efetiva exibição do armamento, sem, contudo, oferecer maiores detalhamentos sobre o artefato.

Não bastasse, embora o acusado tenha sido preso em flagrante instantes seguintes à prática delitiva (inclusive na posse de todos os bens subtraídos da ofendida), nenhuma arma de fogo foi localizada em seu poder.

Diante do quadro, inexistente prova segura e suficiente capaz de corroborar o efetivo emprego de arma de fogo no caso concreto, deve se operar em favor do recorrente o preceituado pelo princípio constitucional da prevalência do interesse do réu – *in dubio pro reo*, motivo pelo qual forçoso o afastamento da majorante em questão.

Por essa razão, reputa-se viável a valoração da majorante do concurso de agentes na presente etapa da dosimetria (causa de aumento efetivamente reconhecida na sentença impugnada), sem que se incorra em indevida *reformatio in pejus*, culminando na exasperação da pena em 1/3 e tornando-a definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão

e 13 dias-multa, calculados no piso legal.

Ainda, diferentemente do que almejado nas razões recursais, revela-se inafastável a pena de multa, uma vez cominada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, no preceito secundário do tipo penal violado, cujo pagamento comporta, inclusive, parcelamento, nos moldes estabelecidos no art. 169 da Lei de Execução Penal, tornando inconcebível o pleito formulado.

A quantidade de reprimenda estabelecida, aliada às condições pessoais favoráveis do apelante (primário e sem antecedentes criminais) e às circunstâncias específicas do caso concreto (confissão espontânea, menoridade relativa, restituição integral dos bens roubados, elaboração de acordo extrajudicial para reparação dos danos causados à motocicleta da vítima e prisão preventiva desde 6/9/2024) justifica a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, adequado à reprovação do delito, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em substituição ao regime mais gravoso fixado pela magistrada *a quo* na sentença impugnada.

Inviável, ademais, a substituição da reprimenda corporal por penas alternativas ou a almejada suspensão condicional da pena, haja vista o *quantum* de pena fixado e a prática de delito com violência.

Por fim, diferentemente do quanto almejado nas razões recursais, o pedido de justiça gratuita não comporta acolhimento, pois a obrigatoriedade do pagamento das custas processuais decorre da Lei nº 11.608/2003 (art. 4º, § 9º).

Não há previsão de isenção, além daquelas discriminadas no art. 6º da mesma lei, ou seja, para a União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, bem como o Ministério Público.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao apelo defensivo interposto por VITOR LIMA GOMES para reduzir sua reprimenda ao patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 13 dias-multa, calculados no piso legal, mantendo, no mais, a sentença objurgada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Relator