



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000338960

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501301-63.2024.8.26.0616, da Comarca de Suzano, em que são apelantes GUILHERME BRAGA DIAS, MARCOS VINICIUS SANTOS SOUZA e ALAN FERREIRA DUARTE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Não conheceram dos recursos dos réus Alan e Marcos no tocante ao pedido de fixação da pena-base no mínimo legal e negaram provimento e, na parte conhecida, negaram provimento aos recursos; e deram parcial provimento ao apelo interposto pelo réu Guilherme Braga Dias, somente para reduzir as suas penas para 03 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 08 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a sentença, por seus próprios fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501301-63.2024.8.26.0616

Comarca de Suzano – 2ª Vara Criminal

**Apelantes: Alan Ferreira Duarte, Guilherme Braga Dias e Marcos
Vinicius Santos Souza**

Apelado: Ministério Público

Voto nº 29273

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO NA MODALIDADE TENTADA – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – Tendo os réus sido surpreendidos e presos logo após abordarem o veículo da vítima, empreendendo fuga após não terem sucesso no cometimento do delito, por circunstâncias alheias à sua vontade, inviável a absolvição por insuficiência de provas. Recursos dos réus Alan e Marcos conhecidos em parte e não providos. Recurso do réu Guilherme parcialmente provido, somente para reduzir a pena.

Vistos.

Alan Ferreira Duarte, Guilherme Braga Dias e Marcos Vinicius Santos Souza interpuseram recursos de Apelação da r. sentença datada de 30.09.2024, proferida pelo MMº Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Suzano, que condenou o réu Alan à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 06 dias-multa, no valor unitário mínimo legal; o réu Marcos à pena de 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 07 dias-multa, no valor unitário mínimo legal; e o réu Guilherme à pena de 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 08 dias-

multa, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 344/357).

Em suas razões, a Defesa do réu Marcos pleiteou a absolvição alegando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal; o afastamento da circunstância agravante da reincidência; bem como a fixação de regime inicial diverso do fechado, com a aplicação do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (fls. 383/393).

Por sua vez, a Defesa do réu Alan pugnou pela absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal; a redução pela tentativa, no patamar máximo; a fixação do regime inicial aberto; o reconhecimento da circunstância atenuante da primariedade; bem como a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 407/420).

Já a Defesa do réu Guilherme pugnou pela absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a fixação de regime inicial diverso do fechado, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a isenção da pena de multa (fls. 433/439).

O Ministério Público, em suas contrarrazões, reiterou as alegações finais e pugnou pelo não provimento dos recursos (fls. 424/430 e 443/444).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou, também, pelo não provimento dos apelos (fls. 462/484).

É o relatório.

Inicialmente, observo que o Juízo a quo já fixou a pena-base dos 03 acusados, no mínimo legal. Dessa forma, ante a ausência de sucumbência, deixo de conhecer o recurso interposto pela Defesa dos réus Marcos e Alan no tocante a tal pedido, passando à análise dos demais pedidos constantes das razões recursais.

Os ora apelantes foram denunciados como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, no dia 17.06.2024, por volta das 13h45, na Avenida Vereador João Batista Fitipaldi, nº 523, Vila Maluf, na cidade e Comarca de Suzano, agindo em concurso e unidade de desígnios, tentaram subtrair, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com a simulação do emprego de arma de fogo, um Veículo Urbano de Carga (VUC), de cor branca e demais sinais identificadores ignorados, e a respectiva carga de mercadorias, ambos pertencentes à vítima ainda desconhecida, somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que condenou os ora apelantes, nos termos da inicial.

Em que pesem as alegações das Defesas, o recurso do acusado Guilherme deve ser parcialmente provido, somente para reduzir a pena, e os apelos dos réus Alan e Marcos não podem ser providos, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele, no mais, foi avaliado com propriedade pelo MMº Juiz de Direito sentenciante.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face do boletim de ocorrência (fls. 25/29), das filmagens de

câmeras (fls. 32/42), do auto de exibição e apreensão (fls. 43/44), do auto de depósito (fls. 135), do relatório de degravação de dados dos aparelhos celulares (fls. 267/277), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Interrogado, na Delegacia, o acusado Alan alegou que estava dando um “pião” no shopping, quando os réus Marcos e Guilherme o encontraram na estação, sendo que eles saíram para ver se encontravam alguma carga de interesse. Aduziu que os acusados pretendiam abordar um veículo de carga, levá-lo para algum lugar a fim de retirar a carga e, em seguida, liberar o veículo e o motorista. Contou que estava fingindo falar no celular quando abordou o condutor pelo lado do motorista dizendo: “perdeu é um assalto”, sendo que ele afirmou que não tinha carga, razão pela qual fechou a porta e disse para ele ir embora. Disse que seguiu com Guilherme, quando o acusado Marcos se aproximou com um carro em que entraram e foram embora (fls. 16/17).

Já em Juízo, inovou, alegando, em síntese, que não praticou nenhum crime, sendo que, na data dos fatos, estava se dirigindo com os corréus a uma cachoeira, tendo comprado marmitas para o passeio. Aduziu que não falou com o motorista da van, e que não é a pessoa das imagens de segurança. Disse que quem dirigia o carro era o corréu Marcos, sendo que o veículo era emprestado. Acrescentou que tem uma filha, possui residência fixa e sempre trabalhou com carteira assinada (fls. 337 – gravação audiovisual).

Por sua vez, o réu Guilherme, interrogado na Delegacia, aduziu que estava andando com os outros corréus no “pião”, quando avistaram a van e a abordaram, perguntando se o motorista tinha alguma mercadoria, se evadindo do local quando ele disse que não tinha

nada. Alegou que não utilizaram arma de fogo. Contou que, assim que fecharam a porta da van, outro motorista que estava com um Vectra passou a segui-los, tendo corrido com Alan, sendo apanhados por Marcos, em seguida, em um Siena, entrado no banco de trás e Alan, no banco da frente (fls. 18/19).

Em Juízo, inovou, alegando, em síntese, que não praticou o delito, sendo que, na data dos fatos, tinha combinado de ir com os corréus até a represa, quando foram abordados, tendo apanhado dos policiais na abordagem e na Delegacia e ficado com o nariz sangrando. Acrescentou que o réu Alan ficou com diversas marcas no corpo, pois foi jogado em um formigueiro e levou picadas (fls. 337 – gravação audiovisual).

Já o réu Marcos, interrogado na Delegacia, afirmou que estava dirigindo o veículo Siena no dia dos fatos, acompanhado dos dois corréus, quando decidiram roubar uma van, para pegar a mercadoria, contudo, ao abordarem o condutor, ele disse que não tinha nada, razão pela qual o deixaram ir embora. Alegou que, após o ocorrido, pegou os dois corréus na esquina e, mais adiante, foram abordados (fls. 20/21).

Em Juízo, inovou, alegando, em síntese, que não cometeu o delito, sendo que, na data dos fatos, estava indo à represa com os corréus, tendo parado para comprar marmita e seguido o caminho, quando foram abordados pelos policiais. Acrescentou que sofreu agressão física durante a abordagem (fls. 337 – gravação audiovisual).

As confissões dos réus, na Delegacia, foram corroboradas pelos demais elementos de prova trazidos aos autos.

Em depoimento bastante seguro, a testemunha Armando Bernardino Neto, investigador de polícia, relatou que estava conduzindo viatura descaracterizada em via pública, quando visualizou dois sujeitos mais à frente, a 05 ou 06 veículos de distância, os quais tentaram, mediante grave ameaça exercida com simulação de arma de fogo, roubar o motorista de uma van ou fazê-lo descer do veículo. Segundo Armando, percebeu que a van acelerou um pouco, quando os roubadores desistiram e se dirigiram à calçada oposta, razão pela qual decidiu cercá-los, dando a volta na rua, encontrando os 03 corréus no interior de um Siena. Narrou que perseguiu o veículo até um local mais tranquilo, tendo dado a ordem de parada, sendo que, em razão da resistência dos acusados, foi necessária a utilização de força e algemas. Esclareceu que nada de ilícito foi encontrado com os corréus, tendo o acusado Marcos dito que eles estavam tentando roubar mediante a simulação de emprego de arma de fogo. Explicou que, através do sistema Detecta, foi possível obter imagens do delito, contudo, não foi possível identificar o veículo ou identificar a vítima, que não registrou a ocorrência. Declarou que Alan e Guilherme realizaram a abordagem do condutor da van, e Marcos estava conduzindo o veículo Siena. Acrescentou que os réus confessaram o crime perante a autoridade policial, bem como que não foi possível anotar a placa da van (fls. 337 – gravação audiovisual).

No mesmo sentido foram os depoimentos das testemunhas Claudinei Cirino e Fernando José Ariza, também investigadores de polícia, os quais narraram os fatos à semelhança de seu colega, confirmando, dentre outras coisas, a visualização da tentativa de roubo, o acompanhamento e abordagem dos acusados, bem como a

confissão extrajudicial dos réus. Acrescentaram que o policial Armando foi quem conseguiu visualizar melhor a ocorrência (fls. 337 – gravação audiovisual).

No tocante à idoneidade dos depoimentos dos investigadores de polícia, importante ressaltar que na condição de servidores públicos, à semelhança dos policiais, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com a observância aos preceitos legais, são merecedores de toda confiança, como de resto, qualquer pessoa há de merecer, até a prova em contrário, inexistente nos autos.

Confira-se: “*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 n. J. 103.338-3/6 - São Paulo – 9ª Câmara Criminal - Relator: Ubiratan de Arruda - 30.1.2008-V.U.).

Cabe destacar ainda que os depoimentos prestados pelas testemunhas são, em essência, coerentes e harmônicos. As pequenas divergências neles existentes, além de próprias da natureza da prova, referem-se a fatos secundários, em nada prejudicando a certeza a respeito da autoria do delito em questão.

Ademais, nada existe nos autos a indicar que os investigadores de polícia estivessem perseguindo os apelantes, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoas que sabem ser inocentes. Logo, nada há nos autos a infirmar as suas palavras.

Verifica-se, portanto, que os réus, abordaram a vítima e, agindo em concurso e unidade de desígnios, mediante grave ameaça exercida com simulação de arma de fogo, tentaram subtrair, para

proveito comum, um veículo urbano de carga (VUC), somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Cumprе ressaltar que a versão dos acusados, em Juízo, no sentido de que estavam apenas se dirigindo à represa juntos e que, portanto, não são os roubadores, restou completamente isolada do conjunto probatório, eis que, conforme se observa no vídeo de fls. 32 e 33, a vítima foi abordada por dois indivíduos que, por não conseguirem concretizar o roubo, se evadiram, entrando em um veículo Siena preto. Frise-se que, nas filmagens de fls. 34 e 35, é possível observar um dos réus se evadindo do local, entrando no veículo Siena preto, sendo que este carro prossegue pela via pública, seguido de perto pelo veículo dos investigadores de polícia. Ademais, conforme amplamente demonstrado nos autos, os investigadores de polícia lograram sucesso em perseguir o Siena preto que os réus conduziam, não tendo perdido o carro de vista em nenhum momento, abordando os acusados logo após a visualização do cometimento do delito.

No mais, os réus não arrolaram testemunhas para dar amparo à versão apresentada em Juízo, e não sustentaram as mesmas alegações na Delegacia, tendo, inclusive, confessado extrajudicialmente o delito. Em suma, não se incumbiram os réus de fazer prova de seu “*álibi*”, como lhes competia, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido: “*Quem oferece álibi e o não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública.*” (Apelação nº 1.046.477/3, 11ª Câmara do TACrimSP, rel. Juiz Renato Nalini, j. 17.2.1997, v.u., DOE-Caderno 1-Parte II, ed. de 12.3.1997, p.34).

Considere-se, a propósito, que as confissões

extrajudiciais dos acusados não podem ser desprezadas, porquanto corroboradas pelos demais elementos de prova trazidos aos autos, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A propósito: *“Processo penal. Prova. Confissão extrajudicial. Posterior retratação judicial. Eficácia probatória da confissão realizada perante a autoridade policial. A confissão vale, não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor, sempre que confirmada pelo restante do conjunto probatório. Penal. Pena. Roubo biqualeficado. A presença de duas qualificadoras justifica a incidência de fração superior à mínima de um terço. Penal. Pena. Roubo. Imposição de regime fechado. Necessidade. (TJSP, 871392520098260050 SP 0087139-25.2009.8.26.0050, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 09/02/2012, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/02/2012).*

“HABEAS CORPUS. ROUBO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE CONFIRMARAMA CONVICTÃO DO JULGADOR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Não configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, corroborada por depoimentos colhidos na fase instrutória. 2. Embora não se admita a prolação do édito condenatório com base em elementos de convicção exclusivamente colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o magistrado singular e o Tribunal de origem apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal. (...)” (STJ – 115255 MS 2008/0199821-9, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 20/05/2010, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 09/08/2010).

Outrossim, quanto à alegação de que as roupas do acusado Alan na Delegacia não são as mesmas das apontadas na imagem de fls. 38, na qual consta que Guilherme é o primeiro a correr para a rua lateral, observo que esta pequena divergência não exclui o

delito, eis que, na filmagem de fls. 33, é possível visualizar que o primeiro roubador a correr para a rua lateral usava bermuda preta e camiseta, tal como o apelante Alan estava vestido na Delegacia. Assim, ainda que tenha havido um evidente equívoco material no relatório da Polícia, ao indicar que Alan foi o segundo a correr para a rua lateral, é certo que restou amplamente comprovado que os corréus Alan e Guilherme correram para a referida rua, após a tentativa de roubo, não restando excluída, ainda, a possibilidade de os acusados terem trocado de roupa entre si enquanto os policiais os perseguiam, uma vez que tanto as imagens de segurança quanto os investigadores confirmam que o veículo dos réus não foi abordado de imediato.

Consigne-se que consta no relatório de degravação dos celulares dos réus uma conversa entre o acusado Alan e uma pessoa denominada Guilherme em que há menções expressas a outros assaltos realizados a vans (fls. 270/275), evidenciando que o *modus operandi* do presente delito já era praticado anteriormente pelos apelantes, o que reforça a versão acusatória.

Diante de tal contexto probatório, irrelevante que a vítima não tenha sido identificada e, consequentemente, reconhecido os réus. É certo que a palavra da vítima, nos crimes contra o patrimônio, normalmente praticados na clandestinidade, tem papel preponderante, assumindo especial relevância no deslinde da causa, mas, por outro lado, não é imprescindível, quando nos autos há outros elementos de convicção a demonstrar a ocorrência do delito e sua autoria.

Outrossim, quanto às alegações no sentido de que os acusados foram agredidos durante a abordagem e na Delegacia,

observo que os investigadores de polícia se depararam com a resistência dos réus, eis que a testemunha Armando relatou que foi necessário o uso de força e de algemas para conter os acusados, sendo certo que as lesões constatadas nos laudos de fls. 322/325 ocorreram devido à própria resistência dos acusados.

Cumpra mencionar, por oportuno, que, se houve excesso na atuação dos investigadores de polícia, tal fato deverá ser apurado pela via própria, ou seja, pela Corregedoria da Polícia Civil de São Paulo, que analisará o caso e adotará as devidas providências.

Em face de tão sólido conjunto probatório, que é unânime em incriminar os réus, impõe-se a condenação, não se podendo acolher as teses absolutórias.

Consigne-se que o roubo não passou realmente da esfera tentada, porquanto os réus empreenderam fuga antes de subtrair qualquer valor ou pertence da vítima, não tendo consumado o crime, portanto, por circunstâncias alheias às suas vontades, amoldando-se a ação, então, ao preceito do artigo 14, inciso II, do Código Penal.

A causa de aumento do concurso de agentes também foi sobejamente demonstrada pela prova oral e documental, não havendo insurgência das partes a esse respeito.

Em tais circunstâncias, impõe-se, efetivamente, a manutenção da condenação, tal como lançada no ato sentencial.

Quanto às penas, contudo, a sentença merece pequeno reparo.

O MMº Juiz sentenciante, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do CP, por entender que não são desfavoráveis as circunstâncias judiciais aos acusados, fixou as

penas-base no mínimo legal, em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, o que se mostrou adequado.

Na segunda fase da dosimetria, as penas do réu Alan ficaram mantidas sem alteração, pois, apesar de reconhecida a circunstância atenuante da menoridade relativa, tal circunstância não pode diminuir as penas aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal"*.

Ressalta-se, neste ponto, que não há que se falar em redução da pena em razão da *"primariedade"*, pois o fato de o acusado ser primário foi devidamente considerado pela sentenciante na primeira etapa da dosimetria, ocasião em que são analisados os antecedentes penais e a vida pregressa do agente, nos termos dos artigos 59 e 68 do CP, bem como na segunda fase, ao não ser reconhecida a agravante da reincidência.

Já para o réu Marcos, reconhecida a circunstância agravante da reincidência (fls. 89 – Processo nº 1537243-45.2023.8.26.0050), o sentenciante majorou a pena de 1/6, resultando em 04 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa, o que se mostrou adequado.

E, para o réu Guilherme, reconhecida a circunstância agravante da reincidência (fls. 94 – Processo nº 1502587-47.2022.8.26.0228), o sentenciante majorou a pena de 1/3, em 05 anos, 04 meses e 13 dias de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa, o que se mostrou exacerbado, uma vez que, embora a reincidência seja específica, consta dos autos somente uma condenação definitiva caracterizadora de reincidência, nos termos do artigo 64, inciso I, do

Código Penal, sendo mais adequado o aumento de pena na fração de 1/5, resultando, agora, em 04 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e 12 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Anoto ainda que não se pode cogitar de inconstitucionalidade da reincidência, pois sua aplicação decorre de norma penal válida e eficaz (artigo 61, inciso I, do Código Penal), emanada do poder competente, mostrando-se o tratamento mais rigoroso àquele que voltou a delinquir em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico vigente, constituindo materialização do princípio da individualização da pena, expresso no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, ou seja, completamente recepcionado pela atual Constituição.

Nesse sentido: *“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte Superior de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do non bis in idem” (HC nº 169.562/SJ, Rel. Min. Laurita Vaz.)*

Inconsistente, portanto, a alegação de que o aumento da pena pela reincidência ofenderia os princípios da isonomia, da culpabilidade ou do *“non bis in idem”*.

Já na terceira etapa, em razão da existência de uma qualificadora (concurso de agentes), o sentenciante majorou corretamente as penas em 1/3, resultando em 05 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o réu Alan; em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 14 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o réu Marcos; e, agora, em 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e pagamento de 16 dias-multa, no

valor unitário mínimo, para o réu Guilherme.

Ainda nesta etapa, reconhecida a hipótese de delito na forma tentada, o Magistrado reduziu a pena dos 03 réus em 1/2, considerando o “*iter criminis*” percorrido, o que se mostrou adequado. Consigne-se que, em que pese o argumento da Defesa, é certo que os réus, conquanto não tenham se apoderado de nenhum objeto, anunciaram o assalto exercendo grave ameaça mediante simulação de arma de fogo e abriram a porta do motorista, desistindo do delito após a rápida reação da vítima ao acelerar, sendo detidos momentos depois em fuga, graças à efetiva ação dos investigadores de polícia, não consumando o crime por circunstâncias alheias a sua vontade. Assim, diante do mediano “*iter criminis*” percorrido, adequada a redução da reprimenda em 1/2, totalizando 02 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 06 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o réu Alan; 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e pagamento de 07 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o réu Marcos; e, agora, 03 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 08 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o réu Guilherme.

O regime fechado, estabelecido para o início do cumprimento das penas, está correto, tendo em vista o fato de ter sido o crime praticado em concurso de agentes, mediante grave ameaça à vítima exercida com simulação de arma de fogo, em via pública, o que gera grande insegurança social e, muitas vezes, tem consequências verdadeiramente trágicas, tudo evidenciando a ousadia e destemor dos réus. Soma-se a isto o fato de o réu Marcos ser reincidente e o réu Guilherme ser reincidente específico.

A propósito: “*Roubo majorado. Condenação do réu*”

ao cumprimento da pena em regime inicial fechado. Fixação do regime fechado para o crime de roubo em razão da gravidade do crime, que exige tratamento mais rigoroso, a despeito da primariedade e menoridade relativa do agente. Possibilidade. Apelo improvido.” (536095920118260050 SP 0053609-59.2011.8.26.0050, Relator: Nelson Fonseca Junior, Data de Julgamento: 02/08/2012, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 08/08/2012).

Em outras palavras, o regime fechado está sendo estabelecido não em razão da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição do regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção. Soma-se a isso o fato de os réus Marcos e Guilherme serem reincidentes.

Consigne-se, neste ponto, que embora se possa saber que os réus permaneceram custodiados, o tempo de prisão provisória não terá influência na determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade, uma vez que, como já exposto, o regime fechado está sendo estabelecido não em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição do regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção. Assim, não há que se cogitar, *in casu*, da aplicação do disposto no artigo 387, § 2º, do CPP. Soma-se a isso o fato de os réus Marcos e Guilherme serem reincidentes.

No mais, não dispõe este Tribunal de informação segura sobre a existência de outras execuções criminais em nome dos réus, sendo certo que a detração do tempo de pena já cumprida deverá ser verificada e realizada, se cabível, pelo Douto Juízo de

Execução (art. 66, inciso III, “c”, da Lei de Execução Penal), que dispõe de mais informações no tocante aos acusados e fará os devidos cálculos para a detração, bem como verificará, além do lapso temporal de pena já cumprida, a presença ou não de todos os demais requisitos para a eventual progressão de regime.

Cumprir mencionar, por oportuno, que a determinação de regime mais gravoso de acordo com a reincidência, bem como com observância dos critérios previstos no artigo 59 do CP, decorre de norma penal válida e eficaz (artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), emanada do poder competente, em atendimento à política criminal vigente, que dispensa maior rigor no tratamento do agente que pratica novo delito, seja ele de forma dolosa ou culposa, ou que possui circunstâncias judiciais desfavoráveis, constituindo materialização do princípio da individualização da pena, expresso no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, ou seja, completamente recepcionado pela atual Constituição.

Ademais, destaca-se que a consideração da reincidência como circunstância agravante da pena, na segunda etapa, e, posteriormente, como circunstância a mais para justificar o regime inicial fechado, não configura “*bis in idem*”. Isto porque, num primeiro momento, a reincidência é considerada como agravante genérica e, depois, a primariedade é exigida como requisito para a fixação de regime mais brando para o condenado à pena privativa de liberdade que não excede 04 anos, conforme dispõe o artigo 33, § 2º, alínea “c”, do CP, sendo, ainda, de rigor a observação do disposto no § 3º do mesmo artigo, segundo o qual “*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos*

no art. 59 deste Código”.

A propósito: “*HABEAS CORPUS - ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - CONDENAÇÃO - REGIME FECHADO - ALTERAÇÃO – INADMISSIBILIDADE. Paciente reincidente e condenado por crime de roubo duplamente qualificado. Imposição de pena acima de seis anos de reclusão. Paciente reincidente. Necessidade de fixação de regime inicial fechado. Gravidade em concreto da conduta. Precedentes do STJ. Reincidência levada em conta para o aumento da pena e fixação de regime que não configura “bis in idem”. Operações distintas. Interpretação a contrário senso do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. Inexistência de constrangimento ilegal ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.*” (TJSP – HC 0267429-20.2011.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Amado de Faria, DJ 10.05.2012).

Outrossim, anoto que o pedido da Defesa do réu Alan, de recorrer em liberdade, ficou prejudicado, face ao presente julgamento.

Consigne-se, por oportuno, que a decisão que não concedeu aos réus o direito de recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* pelo MMº Juiz sentenciante, o que atende às disposições dos artigos 312 do Código de Processo Penal e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, referida prisão cautelar não afronta, de modo algum, o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), sobretudo em se considerando que a Carta Constitucional de 1988 também contempla a possibilidade da prisão decretada pela autoridade judiciária competente, consoante o preceito do artigo 5º, inciso LXI.

Neste sentido, já se pronunciou esta C. Corte de Justiça: “*LIBERDADE PROVISÓRIA - Direito de aguardar em liberdade o*

juízo - Benefício pleiteado com base no princípio da presunção de inocência consagrado no inc. LVII do art. 5º da CF - Inadmissibilidade - Consagração que não importou revogação das modalidades de prisão (em flagrante, preventiva ou decorrente de pronúncia) anteriores ao trânsito em julgado da sentença previstas na lei ordinária, conforme, aliás, o "caput" e os incs. LIV e LXI do próprio art. 5º da Carta Magna." (TJSP - R44/280).

Por fim, com relação ao pedido da Defesa do réu Guilherme, de aplicação dos benefícios da assistência judiciária gratuita, com a isenção do pagamento das custas processuais, observo que a condenação ao pagamento das custas decorre de imposição legal (artigo 804 do CPP), devendo eventual pedido de isenção ser formulado na fase de execução, momento em que se pode avaliar, com melhores condições, a real situação financeira do réu.

Tanto assim que o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil determina que a parte beneficiária ficará obrigada ao pagamento das custas, caso deixe de existir a situação de insuficiência de recursos, no período de cinco anos após a condenação. Dessa forma, não há que se falar em afastamento das custas.

Destaca-se, por oportuno, que o pedido de isenção do pagamento da pena pecuniária não pode ser acolhido, uma vez que sua aplicação cumulativa com a privação da liberdade decorre de norma penal válida e eficaz, emanada do poder competente, em atendimento à política criminal vigente, sendo certo que, por integrar o preceito secundário do tipo, deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, e a ela ser dispensado o mesmo raciocínio esposado quando do cálculo da reprimenda corporal.

Ademais, o fato de o condenado eventualmente não ter condição financeira para arcar com o pagamento da pena de

multa não tem o condão de ensejar o seu afastamento ou redução, porquanto, mesmo que descumprido o pagamento da mesma, tal fato não acarretará a conversão desta em pena privativa de liberdade.

Além disso, a multa foi fixada no mínimo legal e a situação econômica do réu poderá, se for o caso, ser considerada para fins de parcelamento do valor da pena de multa, nos termos do artigo 50 do Código Penal, análise esta que compete ao Juízo da Execução Criminal.

Ante o exposto, não conheço dos recursos dos réus Alan e Marcos no tocante ao pedido de fixação da pena-base no mínimo legal e nego provimento e, na parte conhecida, nego provimento aos recursos; e dou parcial provimento ao apelo interposto pelo réu Guilherme Braga Dias, somente para reduzir as suas penas para 03 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 08 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a sentença, por seus próprios fundamentos.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA
Relator