



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000355301

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1516748-91.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUIZ FERNANDO DE SOUZA ARANHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial, restando o apelado Luiz Fernando de Souza Aranha condenado à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 157, "caput", do Código Penal, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau. V.U.**", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), AIRTON VIEIRA E MARCIA MONASSI.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

TOLOZA NETO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1516748-91.2024.8.26.0228

Apelante: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

Apelado: **LUIZ FERNANDO DE SOUZA ARANHA**

Décima Terceira Vara Criminal Central da Comarca da Capital – SP

Voto nº 49.161

DIREITO PENAL. APELAÇÃO (MP). ROUBO TENTADO. RECONHECIMENTO DO CRIME CONSUMADO. PENA. REGIME PRISIONAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelado condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 6 dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 157, “caput”, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por ter tentado subtrair para si, mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma de fogo contra a vítima L. A. L. R., a quantia de R\$300,00 e um maço de cigarro, pertencentes ao estabelecimento comercial “OXXO”, representado por T. da S. A., somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

2. Recurso ministerial: (i) fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes ostentados pelo apelado, assim como em razão do uso de arma de fogo que, embora ineficaz, incutiu maior temor à vítima, (ii) afastamento da modalidade tentada do crime, (iii) imposição do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena (STJ. RE 593818).

4. Arma de fogo inapta, conforme laudo pericial, que não deve ser considerada como circunstância judicial negativa, porquanto, à semelhança da arma de brinquedo, serviu para caracterizar a grave ameaça (TJSP. AC 1500059-57.2020.8.26.0536).

5. 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, sendo prescindível a posse mansa e pacífica (Súmula 582 - STJ).

6. O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao

apelado, diante de sua reincidência, maus antecedentes e de sua presente condenação à pena superior a quatro anos de reclusão, não fazendo jus, portanto, à exceção jurisprudencial prevista pela Súmula 269 do STJ.

7. Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Gerdinaldo Quichaba Costa, que condenou **Luiz Fernando de Souza Aranha** à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 6 (seis) dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 157, “*caput*”, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por ter tentado subtrair para si, mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma de fogo contra a vítima Larry Alexander La Rosa, a quantia de R\$300,00 (trezentos reais) e um maço de cigarro, pertencentes ao estabelecimento comercial “OXXO”, representado por Thiago da Silva Alves, somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

O Ministério Público, em razões de recurso, requer a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes ostentados pelo apelado, assim como em razão do uso de arma de fogo que, embora ineficaz, incutiu maior temor à vítima. Pleiteia, ainda, o afastamento da modalidade tentada do crime e a imposição do regime prisional fechado para o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade.

Em contrarrazões, o apelado Luiz Fernando requer o desprovimento do recurso.

O Procurador de Justiça opinou pelo integral provimento do apelo ministerial.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

A materialidade do crime está provada pelo boletim de ocorrência de fls. 01/04, pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 05/53, pelo auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 19, pelo auto de exibição e apreensão (arma de fogo) de fls. 20, pelo laudo de exame pericial no armamento apreendido de fls. 99/104 e pela prova oral colhida.

Igualmente, a autoria delitiva restou suficientemente comprovada nos autos, inclusive com a confissão do próprio apelado, tanto que a Defesa sequer se insurge contra sua condenação.

Insurge-se o Ministério Público apenas contra a dosimetria da pena e aplicação do regime prisional. Objetiva, assim, que seja elevada a pena-base, a partir da consideração dos antecedentes criminais do apelado e do uso de arma de fogo como circunstância judicial negativa, além do afastamento da figura da tentativa e a fixação do regime inicial fechado.

Assiste razão, parcialmente, ao recurso ministerial.

Inicialmente, consigno que o apelado ostenta uma condenação definitiva anterior, a ser valorada para fins de maus antecedentes (autos nº 0000509-26.2015.8.26.0544, fl. 117), em observância ao artigo 59 do Código Penal.

Evidente, portanto, que o reconhecimento de uma condenação anterior gera a necessidade de exasperação da pena-base, em atenção aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Isso porque, desproporcional seria a reprimenda que cominasse a mesma pena ao réu que ostentasse antecedentes criminais e aquele que não os apresentasse.

É nesse sentido que aponta entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado também em Tema 150 de repercussão geral:

“DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.” (RE 593818, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18-08-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-277 DIVULG 20-11-2020 PUBLIC 23-11-2020) (grifos nossos).

Diante disso, elevo a pena-base do apelado na fração de 1/6 (um sexto), perfazendo 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, calculados no mínimo legal.

“Consolidou-se esta Corte no sentido de que, em regra, a elevação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetorial negativa, exceto quando evidenciado, por meio de elementos concretos do caso, a maior gravidade da conduta. No caso, a elevação da pena-base, em relação à vetorial negativada (antecedentes), ocorreu no índice de 1/6, não se evidenciando a alegada desproporcionalidade” (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 1.943.477/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 3/5/2022).

Ainda na primeira fase, porém, não há de se considerar o uso de arma de fogo ineficaz como circunstância judicial negativa.

Isso porque, eventual aumento da pena pelo uso de arma de fogo decorre da potencialidade lesiva do armamento, enquanto circunstância objetiva. Circunstância essa ausente em uma arma de fogo ineficaz, conforme comprovado em laudo pericial (fls. 104), a qual não traz qualquer incremento em periculosidade à vítima, servindo apenas como configuradora da grave ameaça, já abarcada pelo tipo penal.

É nesse sentido que aponta a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

“Apelação. Roubo. Utilização de arma de fogo absolutamente ineficaz, conforme laudo pericial. Réu que, mediante grave ameaça exercida com emprego de revólver inapto, subtraiu bicicleta, aparelho celular e corrente, pertencentes à vítima, sendo, contudo, detido, cerca de 10 minutos após a prática criminosa, em poder da res furtiva e da arma de fogo. Insurgência das partes quanto às penas e ao regime. Bases fixadas indevidamente acima dos mínimos legais, por ocasião da arma de fogo inapta. Instrumento que não deve ser considerado como circunstância judicial negativa, porquanto, à semelhança da arma de brinquedo, serviu para caracterizar a grave ameaça. Retorno das basilares aos menores patamares. Ausentes agravantes. A atenuante da confissão se torna inoperante, a teor da Súmula 231, do STJ. Penas finais inalteradas. Reforma de regime, impondo-se o aberto. Negado provimento ao apelo ministerial. Provido parcialmente o recurso defensivo” (TJSP; Apelação Criminal 1500059-57.2020.8.26.0536; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 24/11/2020; Data de Registro: 24/11/2020) (grifos nossos).

Sob essa perspectiva, adequada, também, a fundamentação apresentada pelo Magistrado sentenciante: *“O uso de arma de fogo, que foi considerada inapta e, portanto, não será considerada para fins de majoração, conforme já explanado acima, também não é suficiente para aumentar a pena base. A arma de fogo inapta, tal qual um simulacro, ao incutir medo à vítima, propiciou a configuração da ameaça, que é inerente ao tipo penal”* (fls. 131).

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência (autos nº 1514026-26.2020.8.26.0228, fls. 115/116), foi essa compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea. Ausente insurgência ministerial neste aspecto.

Na derradeira etapa, razão assiste ao Ministério Público, quanto ao afastamento da figura da tentativa e, conseqüentemente, o reconhecimento do crime de roubo em sua forma consumada.

Frise-se que, em delitos patrimoniais, a consumação ocorre no momento da inversão da posse do bem, ainda que por breve espaço de tempo. Conforme conjunto probatório amealhado aos autos, é evidente que o apelado subtraiu o valor em dinheiro e o maço de cigarro do estabelecimento comercial-vítima, retirando o objeto de sua esfera de disponibilidade e invertendo-se a posse, até o momento da abordagem policial, já fora do estabelecimento comercial.

Nesse sentido, aponta jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Acerca do momento consumativo do crime de roubo e de furto, é assente a adoção da teoria da 'amotio' por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os referidos crimes patrimoniais se consumam no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima ou que seja devolvido pouco tempo depois. 5. O crime de furto em questão se consumou, porquanto houve a efetiva inversão da posse do bem, malgrado o celular tenha sido devolvido à vítima logo após o injusto, devido à apreensão dos réus em flagrante” (STJ. 5ª Turma. HC n. 618.290/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 17/11/2020).

“O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da 'res' subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa” (RT 741/594).

“Tem-se como consumado o roubo, pois o

agente usou de violência após ter subtraído o dinheiro da vítima. Pouca relevância tem o fato de que o réu teve a disponibilidade da coisa por pouco espaço de tempo, dada a intervenção da Polícia, atendendo solicitação do ofendido” (RSTJ 29/493).

Ainda a respeito, ensina Cézar Roberto Bitencourt:

“(…) o entendimento pretoriano predominante tem o roubo como consumado tão somente na subtração dos bens da vítima, com emprego de violência ou grave ameaça, mesmo que logo em seguida o próprio ofendido detenha o agente e recupere a res” (“Tratado de Direito Penal, Parte Especial”, 3ª Ed., 2006, Saraiva, p. 106).

Ademais, ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena, torno definitiva a reprimenda fixada na primeira etapa, qual seja, 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Deve ser fixado o regime inicial fechado, nos termos pleiteados pelo Ministério Público.

O art. 33, § 2º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal, vedou expressamente a concessão dos regimes semiaberto e aberto aos reincidentes.

O Superior Tribunal de Justiça excepcionou a regra legal e editou a Súmula 269, considerando admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos desde que favoráveis as circunstâncias judiciais.

No presente caso, o apelado não faz jus à exceção jurisprudencial, pois, além de reincidente, foi condenado a pena superior a quatro anos de reclusão. Ademais, as circunstâncias judiciais foram valoradas em seu desfavor, devido aos seus antecedentes criminais, de maneira que o regime prisional fechado se afigura o mais adequado.

“Sendo a paciente reincidente e portadora de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes), o regime

fechado mostra-se o mais adequado, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo aplicável a Súmula n. 269/STJ: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais". A incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, o que não ocorre na espécie. Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte Superior: (HC n. 329.644/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 14/10/2016). (AgInt no HC n. 323.418/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 21/6/2016)" (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 748.253/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), julgado em 2/8/2022).

"Estabelecida a pena em patamar superior a 4 anos, é incabível a incidência da Súmula 269 do STJ, a qual preceitua o seguinte: 'É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'" (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 677.691/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 28/9/2021).

Desta forma, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso ministerial, restando o apelado **Luiz Fernando de Souza Aranha** condenado à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 157, "caput", do Código Penal, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau.

TOLOZA NETO
relator
assinatura eletrônica