



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000357593

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500260-10.2024.8.26.0536, da Comarca de Bertioga, em que são apelantes ANDREZA MENDES DOS SANTOS e VAGNER ANDRADE DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso, para reconhecer o concurso formal entre os crimes de roubo, sem reflexo no quantum das penas. Corrige-se, apenas, erro material em relação a pena de multa de Wagner, para fazer constar trinta e dois (32) dias-multa, no mais, subsiste a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, com determinação nos termos do voto do E. Relator. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16330

Apelação Criminal nº 1500260-10.2024.8.26.0536

Comarca: 2ª Vara de Bertioga

Juiz de Direito: doutor Guilherme Cavalcanti Lâmega

Apelantes: Andreza Mendes dos Santos e Vagner Andrade dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Andreza e Vagner foram condenados por roubo, com penas de reclusão e dias-multa, após subtraírem celulares mediante grave ameaça. Foram reconhecidos pelas vítimas e presos em flagrante.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste na análise da autoria e materialidade do crime de roubo, bem como a adequação das penas impostas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo o reconhecimento das vítimas e a apreensão dos bens subtraídos.

4. As confissões dos apelantes, corroboradas por outras provas, justificam a condenação. A dosimetria das penas foi ajustada, considerando a reincidência e a confissão.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para reconhecer o concurso formal entre os crimes de roubo, sem alteração no quantum das penas.

Tese de julgamento: 1. A apreensão da res furtiva em poder dos réus gera presunção de autoria. 2. A confissão dos réus, aliada a outras provas, sustenta a condenação.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 157, § 2º, II; art. 28; art. 33, §§ 2º e 3º; art. 44, I, II, III; art. 59; art. 70; art. 72.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

STJ, AgRg no AREsp 1848852/SP, T5, Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. 14.9.2021;

STJ, AgRg no AREsp 1572641/DF, T6, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22.2.2022;

STJ, AgRg no REsp 1953126/MS, T5, Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. 19.10.2021;

STJ, HC 105.066/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 3.11.2008;

STJ, HC 393331/AL, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23.5.2017;

STF, RHC 134829/RJ, T2, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.3.2017.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 296

A apelante **Andreza** foi condenada à pena de seis (6) anos, dois (2) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial semiaberto*, além do pagamento de vinte e seis (26) dias-multa, no valor mínimo; e o apelante **Vagner** foi condenado à pena de oito (8) anos e dois (2) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de trinta e quatro (34) dias-multa, no valor mínimo, como incurso no **artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal**, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque no dia **15.1.2024**, às **23h10**, na Avenida Anchieta, nº 2300, ao lado do Mercado Krill, centro, Bertioga/SP, os recorrentes, previamente ajustados, com identidade de propósitos e unidade de desígnios entre si, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça, dois aparelhos celulares, marca Motorola e Samsung, pertencentes às vítimas J. A. F. de O. e C. A. de S. Policiais Militares encontravam-se em patrulhamento pela Avenida Thomé de Souza, na cidade de Bertioga, quando foram abordados por um casal que se identificou como J. A. F. de O. e C. A. de S., os quais disseram que instantes antes encontravam-se na orla da praia ali existente, quando foram abordados por dois desconhecidos, os quais exibiram um objeto no intuito de ameaçá-los, anunciando ser um roubo. Destarte, os infratores lograram êxito em subtrair de forma violenta os telefones celulares do casal. Assim, as vítimas

forneeceram aos Policiais a descrição física e indumentária de ambos, informando por onde seguiram, tendo os Policiais retornado ao patrulhamento, momento em que avistaram um casal com as mencionadas características. Realizada a abordagem policial, os indivíduos foram identificados como Vagner e Andreza, sendo que em poder de Vagner fora encontrado um canivete, e em poder de Andreza, a qual foi submetida a busca pessoal por uma policial militar feminina, foram encontrados dois aparelhos de telefonia celular das marcas Samsung e Motorola. As vítimas fizeram-se presentes no local da abordagem e, de imediato, reconheceram os respectivos telefones celulares que estavam em poder de Andreza. Desta feita, Vagner e Andreza foram autuados em flagrante delito pela prática criminal de roubo. Em solo inquisitivo, a vítima C. expressou que reconhece Vagner e Andreza como sendo os autores do violento crime patrimonial. A outra vítima J. também reconheceu Vagner como sendo autor do crime de roubo, bem como asseverou que Andreza possui características similares relacionadas ao segundo roubador. Interrogados pela Autoridade Policial, os apelantes negaram a prática delitiva, afirmando ser Fernando, vulgo “Grilo”, o autor do crime patrimonial em questão. Fernando não foi reconhecido pelas vítimas como sendo o autor do crime de roubo.

Nas razões da apelação apresentada pela digna Defesa dos apelantes, sustentou-se a absolvição por insuficiência probatória (fls. 320/326).

Contrarrazões a fls. 335/339, com requerimento para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para a Acusação em 4.2.2025 (fls. 341).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso (fls. 369/381).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 247 e 290/291.

II - Fundamentação

O apelo deve ser parcialmente acolhido, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Guilherme Cavalcanti Lâmega.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 7/16, boletim de ocorrência de fls. 17/20, autos de exibição, apreensão e entrega de fls. 23/26 e prova oral colhida ao longo da instrução criminal, subtraiu-se bens com valor econômico.

A *autoria* é atribuível aos recorrentes.

No distrito, **Vagner negou os fatos**. Disse que foi chamado por Andreza para vender dois telefones celulares, que estavam na posse dela. Não sabe informar como ela conseguiu os aparelhos, os quais ela disse que foi “neguinho” que passou para ela. “Neguinho” é o indivíduo que também foi levado à delegacia. Negou qualquer envolvimento no roubo dos telefones celulares. Estava na posse do canivete o qual utiliza para raspar seu cachimbo de crack (fls. 15).

Andreza também **negou a prática delitiva**. Alegou que estava na praia quando foi abordada pela Polícia, estava na posse de dois telefones celulares, os quais lhe tinham sido entregues por “grilo”, para vendê-los, pois ele tinha dito que os encontrara na praia. Estava na companhia de seu amigo **Vagner** no momento em que a Polícia lhe abordou, mas ele não tem nenhum envolvimento com o fato. Negou a prática do roubo, afirmando que quem o cometeu foi Grilo (fls. 16).

Ainda na fase administrativa, Vagner foi reconhecido pelas duas vítimas como sendo um dos autores do roubo, Andreza foi reconhecida, com absoluta certeza, pela vítima C. como sendo autora do delito (fls. 12/13)

Lembre-se, ainda, que **não haverá nulidade por violação do art. 226 do Código de Processo Penal, ao não se seguir suas formalidades, se ocorrer a condenação por outros elementos dos autos:** "I - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva para lastrear o édito condenatório, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo, como ocorreu na espécie, inexistindo a alegada violação ao art. 155 do Código de Processo Penal. Precedentes.

II - O v. acórdão recorrido não diverge da jurisprudência desta Corte no sentido de que "as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato, em especial caso eventual édito condenatório esteja fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que associe a autoria do ilícito ao acusado" (AgRg no AREsp n. 375.887/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 4/11/2016). Ademais, na hipótese a Corte de origem aduziu que " não foi só o reconhecimento que embasou a condenação, mas sim a apreensão de um dos cartões da vítima, bem como a confissão extrajudicial dos réus" (fl. 481), não merecendo qualquer reparo." (*AgRg no AREsp 1848852/SP* – T5 – Quinta Turma - Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – J. 14.9.2021 – DJe 27.9.2021).

Cf., também: "1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o disposto no referido artigo constituiria "mera recomendação" e,

como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 1.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

2. Na espécie, ao contrário do que ocorreu no caso analisado no HC n. 598.886/SC (paradigma), não foi apenas o reconhecimento pessoal realizado pela vítima que embasou a denúncia ofertada contra o paciente pela suposta prática do crime de roubo; ao contrário, o inquérito policial mencionou, ainda, a situação em que foram localizados os suspeitos, pouco tempo após a subtração do veículo, e os depoimentos dos policiais que participaram da diligência." (*AgRg no AREsp 1572641/DF* – T6 - Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – J. 22.2.2022 – DJe 3.3.2022).

Por fim: "I - Com efeito, "ainda que o reconhecimento do Réu na fase policial não tenha observado as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal, se for posteriormente ratificado pelas vítimas no curso da instrução judicial, não há falar em absolvição do Réu em decorrência da suscitada

nulidade do procedimento, sendo plenamente válido para comprovar a autoria delitiva, especialmente quando aliado às demais provas constantes dos autos, como na hipótese em epígrafe" (AgRg no HC n. 608.756/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 19/10/2020).

II - Como bem observado pelo acórdão recorrido, "a própria redação do art. 226, II, do CPP não exige a obrigatoriedade de a pessoa a ser reconhecida seja colocada ao lado de outras com características físicas semelhantes, mormente porque a redação do artigo refere-se à "possibilidade" e não a "obrigatoriedade" do cumprimento de tal regra. Assim, não se tratando de regra cogente, sua inobservância não pode gerar nulidade absoluta" (fl. 533), ainda mais porque devidamente ratificada em Juízo.

III - Dessa forma, tendo sido comprovada a participação do envolvido na empreitada criminosa pelo reconhecimento fotográfico, ratificado em juízo, e outras provas - depoimentos da vítima -, não há como afastar a condenação." (*AgRg no REsp 1953126/MS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – J. 19.10.2021 – DJe 5.11.2021).

É a hipótese dos autos, ou seja, houve decreto condenatório não só pelo reconhecimento na polícia, mas por outros elementos probatórios e o contexto fático existente, não se pode, pois, falar de nulidade.

Em juízo, Vagner **confessou os fatos**. Disse que estavam usando drogas, quando Andreza chamou-o para praticar furto. Levaram os celulares das vítimas. Negou que tenha ameaçado as vítimas. Estava sob efeito de drogas. Os aparelhos foram devolvidos aos ofendidos.

Andreza **confessou os fatos**. Afirmou que estava com Vagner usando drogas, ele chamou-a para praticar o crime e ela aceitou, sendo presos em flagrante logo após os fatos.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

As confissões estão parcialmente em sintonia com as provas.

Ressalte-se que o artigo 28, do Código Penal estabelece que a *embriaguez* e a *ingestão de droga* apenas eximem o agente de responsabilidade se advierem de caso fortuito (quando, por exemplo, desconhecia que estava consumindo substância alcoólica) ou força maior (tenha sido forçado a consumir o produto que lhe retirou a capacidade de autodeterminação), inexistentes na situação em comento.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado desta Colenda 11ª Câmara de Direito Criminal: “Outrossim, imperioso anotar que a *embriaguez*, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade penal e, em sendo absoluta, há que se comprovar ser originária de caso fortuito ou de força maior, o que não é o caso dos autos.” (*Apelação Criminal nº 1500073-78.2019.8.26.0341* - Relator Desembargador Guilherme G. Strenger - J. em 6.11.2019).

A vítima J., de início, reconheceu o apelante Vagner em juízo (aos

1'5" da gravação de fls. 290) e não conseguiu reconhecer a recorrente Andreza (fls. 247). Declarou que **estavam sentados em um banco, quando chegaram duas pessoas exigindo os celulares dela e de C., sendo que uma delas aparentava estar com algo por debaixo das vestes. Entregaram os celulares.** Após, foram na mesma direção dos indivíduos, **avistaram uma viatura e comunicaram os fatos. Os indivíduos foram abordados pelos policiais, na posse dos objetos furtados. Recuperaram os aparelhos, os quais reconheceram e desbloquearam-nos na frente dos policiais. Os recorrentes foram reconhecidos na delegacia e estavam com roupas iguais às do momento do crime.**

A vítima esclareceu como ocorreu o roubo, logo após a subtração os indivíduos foram abordados pelos policiais e os bens roubados foram recuperados.

“Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância” (TACRIM - Ap. 440.643-6 - 8ª Câmara - j. 23.07.86 - Rel. Juiz Canguçu de Almeida, v. u., JUTACRIM 91/407). *“Não há desmerecer o valor da palavra da vítima: ao revés, sua condição de protagonista do evento delituoso é a que a credencia, sobre todos, a discorrer das circunstâncias dele. “Tão só em casos excepcionais, de manifesta contravenção da verdade sabida, será lícito opor restrições ao teor de suas palavras. No geral, a palavra da vítima é a primeira luz que afugenta as sombras sob que se pretende abrigar a impunidade”* (TACRIM - Ap. nº 1.047.937/5, Rel. : Juiz Carlos Biasotti).

A testemunha Tiago, policial militar, narrou que duas vítimas informaram que foram roubadas e indicaram a direção em que os agentes teriam ido. Somente os recorrentes estavam na via apontada pelas vítimas, com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

características compatíveis àquelas apontadas. **Com um dos abordados foram encontrados dois celulares e com o outro um canivete. A vítima reconheceu os celulares e os roubadores.**

Como se vê, o policial, em depoimento coeso e seguro, incrimina os recorrentes, pois, após ser informado sobre a ocorrência de roubo, conseguiu localizar os apelantes na posse da "res furtiva". Com efeito, inexistente razão para rechaçar a sua narrativa, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há motivos para desmerecer o depoimento. Ao contrário, destaque-se, desde já, os apelantes não mostraram que quisesse prejudicá-los gratuitamente. Inexistente indícios de que queira mentir. Ele deseja, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que o integrante da Polícia Militar tenha desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Ressalta-se que as partes desistiram da oitiva da vítima C. e da

testemunha Daniela, o que foi homologado pelo douto Magistrado (fls. 289).

Os bens subtraídos foram encontrados em poder dos recorrentes (fls. 23/24 e 25/26). Assim, reforça-se serem o autores do roubo.

Cafferata Nores salienta que a posse da *res furtiva* é indício tanto mais unívoco e relevante para a inferência da autoria dos crimes subtrativos quanto mais próximos, no tempo e no espaço, o fato indiciário e o fato indicado (*La prueba en el proceso penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184).

“Em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório” (BMJ 91/6 e RJD 18/66).

A esse respeito, confira-se ainda o seguinte julgado: *“A apreensão, ainda que de parte das coisas surrupiadas em poder do acusado, gera contra ele presunção de certeza em relação a autoria.”* (RJDTACrimSP 27:180). No mesmo sentido, JUTACRIM: 66/410, 98/260; RJDTACRIM 1/103, 6/132, 6/133, 6/134, 6/140, 8/96.

As provas são robustas para a condenação.

Em síntese, as confissões dos apelantes foram corroboradas pelas declarações da vítima e depoimento do policial militar, bem como pelo reconhecimento pessoal, realizado tanto no distrito policial quanto em juízo, e pela apreensão da "res furtiva" em suas posses.

Incabível a desclassificação do roubo para a rubrica furto. Para

sua caracterização, não pode haver grave ameaça ou violência.

A vítima forneceu detalhes sobre a ação criminosa, narrando que os recorrentes abordaram-nas e exigiram que entregassem os aparelhos celulares, sendo que um dos roubadores estava com algo por debaixo das vestes. O que deixou-as amedrontadas, assim, entregaram os objetos. Os policiais encontraram na posse de Vagner um canivete, que foi utilizado na prática criminosa, sendo apreendido (fls. 23).

Com efeito, (...) para a configuração do crime de roubo é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima. Entretanto, a violência não precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais, como nas vias de fato. Em outras palavras, a grave ameaça pode ser empregada de forma velada, pelo temor causado à vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração sem que nada possa a pessoa lesada fazer para impedi-lo (STJ - HC 105.066/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Félix Fischer - P. 3.11.2008).

O *concurso de agentes* deve permanecer, posto que os recorrentes agiram em conjunto e previamente ajustados, com nítida divisão de tarefas para a execução da empreitada criminosa. Não havendo dúvida do liame subjetivo entre eles.

Assim, conclui-se que o contexto probatório é harmônico e coerente, sendo robusto o suficiente para ensejar a formação da convicção no sentido condenatório no tocante ao delito previsto no art. 157, § 2º, incisos II, do Código Penal.

A dosimetria comporta ajuste, sem reflexo no quantum das penas.

Na **primeira fase**, para Andreza, diante de sua primariedade (fls. 240)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

a pena-base foi fixada no piso: quatro (4) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa.

Já para Vagner, diante dos seus maus antecedentes, inclusive, pela prática de crime patrimonial (processo nº 1504168-80.2021, fls. 242/243), a pena foi fixada 1/8 acima do mínimo, a fração escolhida mostra-se adequada e proporcional à espécie, tem-se quatro (4) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa.

Na **segunda fase**, a pena de Andreza permanece inalterada, porque a confissão não leva a pena aquém do piso (“As atenuantes, ao contrário das minorantes, nunca podem levar a pena privativa da liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo (cf. precedentes do Pretório Excelso e Súmula n. 231 - STJ) (...)” (RSTJ 161/494). Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São Paulo: cf. RT 795/623, 755/615, 735/588, apenas para ilustrar).

Com relação a Vagner, a multirreincidência (processos nº 1500859-17.2022, fls. 241; 1502221-88.2021, fls. 241/242) pode ser compensada parcialmente com a atenuante da confissão espontânea, com aplicação da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, assim, a pena foi majorada em mais 1/6, obtendo-se cinco (5) anos e três (3) meses de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa.

Pode haver compensação entre atenuante e agravantes, por exemplo, entre confissão espontânea e reincidência, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** -

Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o art. 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência, *in verbis*: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, **nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade**" (*Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP*, paradigmas do Tema 585. Cf., REsp 1.931.145/SP - Terceira Seção - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022 – destacou-se).

Na **terceira fase**, as penas foram aumentadas em 1/3, pelo concurso de agentes, tendo-se cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de treze (13) dias-multa para Andreza e sete (7) anos de reclusão e pagamento de dezesseis (16) dias-multa para Vangner (corrige-se erro material em relação a pena de multa, pois, por erro aritmético, constou dezessete (17) dias-multa).

Por fim, tendo em vista que os apelantes, mediante uma ação, subtraíram bens de duas vítimas, ou seja, os atos foram cometidos dentro do mesmo contexto fático (temporal e espacial), **presente o concurso formal (próprio)**, nos termos do *artigo 70, primeira parte, do Código Penal*, razão pela qual se aumenta as reprimendas em mais 1/6, restando definitiva em seis (6) anos, dois (2) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de vinte e seis (26) dias-multa para Andreza e oito (8) anos e dois (2) meses de reclusão e pagamento de trinta e dois (32) dias-multa para Vagner, com aplicação a regra do o artigo 72, do Código Penal (corrige-se erro material em relação a pena de multa, pois, por erro aritmético, constou trinta e quatro (34) dias-multa).

Ressalta-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o artigo 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva.

“Se através de uma só ação pratica o assaltante dois roubos à mão armada contra vítimas diversas, tem-se como configurado concurso formal de delitos, e não crime único.” (RT 563/321). *“O critério numérico dos crimes concorrentes é o que se recomenda na majoração da pena, restrita à aflitiva do concurso formal.”* (RT 604/396).

Destaca-se que o aumento decorrente do concurso formal tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, conforme entendimento jurisprudencial.

Nesse sentido:

“1. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente ao concurso formal de crimes, aplica-se a fração de

aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 4 (quatro) crimes cometidos pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/4 (um quarto).” (STJ - *HC n. 395.869/SP* – T6 – Sexta Turma - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – J. 9.5.2017 - DJe 15.5.2017).

As penas são finais, pois mais nada as alteram. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado para Vagner.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

Ele registra maus antecedentes e ainda é reincidente, na prática de crimes patrimoniais (fls. 241/244). Ele reitera na prática de delitos e possui tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois têm consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: “(...) o art. 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto).” (*RHC 134829/RJ* – T2 – Segunda Turma - Rel. Min. Ricardo Lewandowski – J. em 28.3.2017 – DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: “*Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no art. 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta.*” (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, mas preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (art. 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59.” (**HC nº 70.289-SP** - 1ª Turma - Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Demais disso, quanto a **Andreza** mantém-se o regime **inicial semiaberto**.

Embora primária e sem antecedentes (fls. 240), a pena é superior a quatro (4) anos (art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal). Ademais, a recorrente praticou delito grave, roubo em concurso de agentes, tendo sido empregada grave ameaça contra as vítimas, utilizando-se um canivete. Patente, pois, sua **periculosidade**, sendo prejudicial à sociedade, que deixa à mercê do medo e criminalidade.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59.” (*HC nº 70.289-SP* - 1ª Turma - Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Sua conduta social foi inadequada, não concretizou os princípios de "viver honestamente" e "não lesar". Sendo assim, o regime aberto seria ineficiente para a individualização da pena.

Ora, é de pronta intelecção que a perpetração de roubo denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem à convivência social. Tendo isso presente, deve o juiz sujeitar o agente ao regime prisional um pouco mais severo.

No regime escolhido ela fica sujeita a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, parágrafo 1º, do Código Penal). O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal).

Em regime inicial intermediário, ainda, poderá refletir sobre a erronia de suas condutas, ao mesmo tempo, é repreendido dos atos que realizou, previne-se que não os faça mais e outros delitos, por fim, efetiva-se sua integração social.

Não poderá alegar falta de oportunidade para emendar-se, tampouco desprezarem a necessidade de reverem seus conceitos de licitude.

Dessa forma, retribui-se pela ação realizada; previne-se que não mais a cometa e outras infrações penais e ressocialize-se.

Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescenta-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

As penas corporais não comportam a benesse, são superiores a quatro (4) anos, e o delito envolveu grave ameaça contra a pessoa (art. 44, inciso I, do Código Penal).

Demais disso, Vagner é reincidente e possui maus antecedentes (art.

44, inc. II e III, do Código Penal).

Caso isso fosse feito, não teriam consciência da ilicitude do que fizeram.

O art. 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, que não é o caso.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso, para reconhecer o concurso formal entre os crimes de roubo, sem reflexo no quantum das penas. Corrige-se, apenas, erro material em relação a pena de multa de Vagner, para fazer constar trinta e dois (32) dias-multa, no mais, subsiste a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Os apelantes estão presos (fls. 304). As prisões deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, com regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta, sobretudo pelos seus maus antecedentes e reincidência de Vagner.

Oficie-se à COESPE, para imediata transferência da recorrente Andreza para estabelecimento prisional adequado.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.