



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000357595

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500732-12.2024.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes REBECA PEREIRA SANTOS e YANAM DE OLIVEIRA MACHADO MARQUES, 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 aplicar o “caput” do artigo 71, do Código Penal, para a continuidade delitiva, elevando-se a pena de um dos furtos em 1/5, redimensionando-se a pena final de Yanam para nove (9) anos e oito (8) dias de reclusão e pagamento de vinte e sete (27) dias-multa e a pena final de Rebeca para sete (7) anos, oito (8) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão e pagamento de vinte e cinco (25) dias-multa para Rebeca, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, 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 16332

Apelação Criminal nº 1500732-12.2024.8.26.0568

Comarca: Vara Criminal de São João da Boa Vista

Juíza de Direito: doutora Renata Palmeiro Pereira

Apelantes: Rebeca Pereira Santos e Yanam de Oliveira Machado Marques

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO E ROUBO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Rebeca e Yanam foram condenados por furto e roubo, com penas de reclusão em regime inicial fechado. Rebeca subtraiu bens de diversos estabelecimentos, enquanto Yanam transportava-a e vigiava os locais. Ambos foram presos em flagrante com os produtos subtraídos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em: (i) a alegação de crime impossível; (ii) a desclassificação do roubo para furto; (iii) o reconhecimento da participação de menor importância de Yanam; (iv) a redução das penas; e (v) a fixação de regime prisional menos severo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria dos delitos foram comprovadas por provas documentais e testemunhais.

2. A tese de crime impossível foi rejeitada, pois a vigilância não impediria a prática do furto. A desclassificação do roubo para furto foi negada, pois a grave ameaça foi comprovada. A participação de Yanam não foi considerada de menor importância, pois ele teve papel essencial na execução dos crimes.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso parcialmente provido para aplicar o "caput" do artigo 71 do Código Penal, elevando a pena de um dos furtos em somente 1/5, pela continuidade delitiva, redimensionando-se as penas finais dos apelantes.

2. *Tese de julgamento:* 1. A vigilância por câmeras não torna o crime impossível. 2. A grave ameaça caracteriza o roubo, não cabendo desclassificação

para furto.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, arts. 155, § 4º, IV; 157, § 2º, II; 14, II; 71, parágrafo único; 69; 33, § 2º, alíneas "a" e "b"; 44, "caput", II; 77, "caput", I; 28; 61, I; 59; 188 do Código de Processo Penal; 226 do Código de Processo Penal; 144, incisos IV e V, § 4º e § 5º da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AgRg no AREsp 1848852/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, T5, j. 14.9.2021; STJ, HC 165.080/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, T6, j. 8.2.2011; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.3.2017; STJ, AgRg no AREsp 1572641/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6, j. 22.2.2022; STJ, AgRg no REsp 1953126/MS, Rel. Min. Jesuíno Rissato, T5, j. 19.10.2021; STJ, AgRg no AREsp 163.794/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, T5, j. 24.9.2013; STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.5.2017; STJ, AgRg no HC 448864/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 12.11.2019; STJ, AgRg no REsp 1525229/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, T6, j. 26.5.2015; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, j. RTJ,148:490; STJ, Súmula 567.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 274/276

A apelante, **Rebeca**, foi condenada à pena de oito (8) anos e oito (8) meses de reclusão, em **regime inicial fechado**, além do pagamento de vinte e nove (29) dias-multa, no piso; e **Yanam** foi condenado à pena de dez (10) anos, um (1) mês e dez (10) dias de reclusão, em **regime inicial fechado**, além do pagamento de trinta e dois (32) dias-multa, no valor mínimo, como incursos nos **artigos 155, § 4º, inciso IV, duas vezes, e 155, § 4º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, na forma do artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, e no artigo 157, § 2º, inciso II, todos na forma do artigo 69, do Código Penal**, sem possibilidade de apelar em liberdade, com recomendação de permanecerem no cárcere, **1) porque, no dia 18.3.2024, por volta das 16 horas e 30 minutos**, na Rua José dos Reis, nº 39, Vila Três irmãos, Águas da Prata/SP, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça, dois perfumes, um par de sapatos e a quantia de R\$

255,00, da vítima A. D. dos R.; **2)** na mesma data, por volta das **15 horas**, na Rua Coronel Ernesto de Oliveira, nº 457, Vila Três Irmãos, Águas da Prata/SP, subtraíram, para proveito comum, 29 barras de chocolate, 11 caixas de bombom com 12 unidades, e uma caixa de 24 bombons, pertencente ao estabelecimento-vítima denominado “Forte Prata”; **3)** na mesma data, por volta das **16 horas**, na Avenida Washington Luís, nº 413, Centro, Águas da Prata/SP, subtraíram, para proveito comum, uma peça de queijo ricota defumada, um pedaço de parmesão e uma peça de muçarela tipo provolone, pertencente ao estabelecimento-vítima denominado “Laticínio Prata Ltda.”; e **4)** na mesma data, por volta das **16 horas e 20 minutos**, Rua Gabriel Rabelo de Andrade, nº 257, Centro, Águas da Prata/SP, tentaram subtrair, para proveito comum, 30 barras de chocolate, 2 shampoos, um pote de Nutella, e um pacote de salgadinho, pertencentes à vítima F. F. J., somente não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades. Os recorrentes, agindo em concurso e previamente ajustados, dirigiram-se até o local dos fatos determinados a realizar as subtrações. **Rebeca** dirigiu-se ao estabelecimento comercial da vítima A. e, mediante grave ameaça, simulando estar portando arma de fogo, subtraiu 2 perfumes, 1 par de sapato e a quantia de R\$255,00, fugindo na sequência. Depois, ela entrou no supermercado “Forte Prata” e subtraiu 29 barras de chocolate Nestlé e 12 caixas de bombons, deixando o local na posse dos bens subtraídos. Em continuidade, ela ingressou no estabelecimento comercial denominado “Laticínios Prata Ltda” e, aproveitando-se de momento sem vigilância, subtraiu três peças de queijo. Por fim, **Rebeca** dirigiu-se ao estabelecimento comercial denominado “Supermercado Van” e, com “animus” de assenhoreamento definitivo, tentou subtrair 30 barras de chocolate Nestlé, dois shampoos, um pote de Nutella e um salgadinho Elma Chips, colocando-os no interior da bolsa. O delito não se consumou, por circunstâncias alheias à sua vontade, uma vez que a vítima F. percebeu a prática delitiva e surpreendeu **Rebeca** com os bens furtados. Por sua vez, durante a prática dos delitos, **Yanam** transportou **Rebeca** em seu automóvel e permaneceu do lado de fora dos estabelecimentos, vigiando os locais e providenciando a fuga rápida para

garantir o sucesso das empreitadas criminosas.

Nas razões da apelação apresentada pela ilustre Defesa sustentou-se **a)** a absolvição por atipicidade de conduta, por se tratar de crime impossível; **b)** desclassificação do roubo para furto; **c)** reconhecimento da participação de menor importância de Yanam; **d)** redução das penas; e **e)** fixação de regime prisional menos severo (fls. 346/352).

Contrarrazões a fls. 356/362 para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público aos 11.11.2024 (fls. 320).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 377/381).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 272/273.

II – Fundamentação

O apelo comporta parcial provimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Renata Palmeiro Pereira.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1/11, boletim de ocorrência de fls. 30/38, autos de exibição e apreensão de fls. 24/25 e 29, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 26/28, auto de entrega de fls. 125/126 e prova oral colhida durante a instrução, subtraiu-se bens com valores econômicos.

A *autoria* também é certa e atribuível aos apelantes.

No distrito, Rebeca ficou em silêncio (fls. 10).

Yanam **negou os delitos**. Apenas deu carona para sua conhecida Rebeca e foi ela quem pediu que o interrogando parasse nos estabelecimentos comerciais para comprar algo para comer. Depois, foram para a "cascata" e, na sequência, para o centro da cidade de Águas da Prata, local onde foram abordados pelos policiais militares. Não sabia que Rebeca havia subtraído os itens dos comércios onde pararam. O veículo utilizado é de sua propriedade (fls. 11).

Em Juízo, Rebeca **confessou os crimes, mas alegou ter agido sozinha e negou a grave ameaça no delito praticado contra a vítima A**. Furtou produtos do mercado, a fim de trocar por drogas. **Na loja, não ameaçou a proprietária. Ela viu a interroganda colocando as coisas na bolsa e perguntou se estava roubando. Disse que sim e perguntou se ela tinha dinheiro no caixa, pedindo que lhe desse os valores**. Não estava com arma de fogo nem proferiu ameaças. Acredita que ela entregou o dinheiro porque estava assustada. Yanam é mototaxista, sendo cliente dele. **Ele não participou dos delitos**. No dia dos fatos, estava de carro e pretendia ir à cachoeira, mas estava sem carta. Então, pediu que ele levasse-a à cachoeira por R\$ 50,00. No caminho, pediu que ele parasse no supermercado para comprar algo para comer. Havia consumido drogas e estava em abstinência de crack. **Entrou no estabelecimento, pegou os chocolates, colocou-os em sua bolsa e saiu**. Quando retornou, Yanam perguntou se não havia comprado nada e a interroganda respondeu que não, porque estava caro. Foram à cachoeira e a interroganda disse que iria fumar crack antes de sair do carro, sendo que Yanam foi na frente. **Enrolou os chocolates em uma toalha de mesa que estava no banco e colocou-os no banco de trás, a fim de que Yanam não os visse**. Depois, ficou na cachoeira com ele, até que começou a chover e o guarda pediu que saíssem. Na sequência, **dirigiu-se a outro supermercado, mas não**

conseguiu furtar chocolates. Na volta, passou em um laticínio e subtraiu queijos, os quais também colocou em sua bolsa. Yanam não viu, pois os produtos estavam em sua bolsa, que era grande. Quando estavam indo embora, o carro parou de funcionar na rua da loja. **Enquanto ele tentava fazer o carro funcionar, saiu sob o pretexto de que iria ao banheiro, ocasião em que entrou na loja, pegou o tênis, os perfumes e pediu o dinheiro para a moça.** Retornou para o carro, mas o veículo ainda não funcionava, momento em que foram abordados pelos policiais. Pretendia trocar tudo por droga.

A embriaguez (voluntária) não pode servir como subterfúgio para a prática de crimes. Caso contrário, bastaria o consumo de bebida alcoólica ou drogas para praticar os delitos e, então, eximir-se de responsabilidade penal.

Não é demais lembrar 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).

Yanam negou os delitos. Trabalha como mototaxista. **Não tinha ciência do que Rebeca estava fazendo.** Havia consumido droga no dia anterior. Rebeca chegou com o carro e pediu que levasse-a à cachoeira, prometendo pagar-

lhe R\$ 50,00. No caminho, ela pediu que parasse o carro no supermercado para comprar chocolate. Parou no estacionamento, Rebeca desceu e, depois, retornou somente com uma caixa de Ferrero Rocher na mão. Não viu qualquer sacola. Rumaram para a cachoeira, onde ficaram cerca de quarenta minutos, até que começou a chover e o guarda pediu que fossem embora. No retorno, Rebeca pediu para parar na loja de doces e, da mesma forma, ela saiu e retornou sem nada, dizendo que não havia encontrado nada. Depois, ela pediu para parar no supermercado Van. Parou em frente ao estabelecimento e Rebeca desceu e retornou mais uma vez sem nada. O carro quebrou e parou em frente à loja de roupas. Rebeca desceu dizendo que iria à loja ou ao banheiro, enquanto o interrogando ficou tentando fazer o veículo funcionar. Ela voltou e entrou no carro, mas o veículo não funcionava. Tentou sair de ré, mas não funcionava, momento em que foram abordados pelos policiais. Na cachoeira, Rebeca pediu que o interrogando fosse na frente. Ela ficou no carro, mas não sabe o que ela fez ali. Sabia que Rebeca usava crack.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 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 (artigo 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).

A confissão de Rebeca pode ser aceita, mas a negativa de Yanam

não convence.

Na fase policial, Rebeca foi reconhecida pelas vítimas A., F. e M. como sendo a autora dos delitos (fls. 16/17, 18/19, 20/21 e 22/23).

Em Juízo, a vítima A. declarou que **Rebeca entrou na loja e foi olhar roupas, como se fosse uma cliente, até que ela pediu-lhe um copo de água. Quando foi buscar a água, notou que faltava um calçado na prateleira. Então, ficou próximo dela, a fim de inibi-la para que não pegasse mais nada. No entanto, ela foi se aproximando do caixa, pegou um perfume e colocou dentro da bolsa dela. Interpelou-a, a fim de reaver os produtos, ocasião em que Rebeca começou a ameaçá-la, dizendo que iria matá-la. Ficou assustada e afastou-se dela. Então, ela pegou mais um perfume e colocou dentro da bolsa. Depois, ela ordenou que abrisse o caixa, mas lhe disse que não tinha dinheiro. Rebeca, então, ordenou novamente que abrisse o caixa, sob ameaça de matá-la. Ela ameaçou-a de morte, verbalmente, várias vezes. A declarante abriu o caixa e Rebeca pegou o dinheiro e saiu do estabelecimento. Enquanto a ameaçava verbalmente, ela segurava a bolsa como se fosse retirar algo de dentro. Na Delegacia, reconheceu Rebeca como sendo a autora do crime (2'44'').**

A vítima M., representante do estabelecimento-vítima “Forte Prata”, declarou que estava em horário de almoço quando o furto ocorreu. Quando chegou, **deparou-se com policiais aguardando na porta do estabelecimento. Eles pediram que olhasse na viatura os itens que ali estavam. Então, entrou no supermercado para conferir e visualizou a prateleira de bombons “Ferrero Rocher” vazia. A seguir, acessou o aplicativo de câmeras de monitoramento, ocasião em que confirmou o furto. Mostrou as imagens para uma funcionária e ela confirmou que a furtadora esteve no local, mas não passou pelos caixas. Nas imagens, é possível visualizar Rebeca pegando os produtos e**

saindo sem efetuar o pagamento.

A vítima R., representante do estabelecimento “Laticínio Prata”, declarou que, dia dos fatos, não percebeu furto. **No dia seguinte, a investigadora foi ao local e comentou sobre o furto. Diante disso, foi à Delegacia e reconheceu os produtos como sendo de sua loja. Procurou nas imagens captadas por câmeras de segurança e constatou a furtadora colocando os produtos na sacola.** Embora não tenha visto o furto, recorda-se da pessoa que aparece nas imagens subtraindo os produtos. Ela pagou somente um salgado. **Em uma das imagens, aparece Rebeca saindo do comércio e entrando em um veículo, do lado do passageiro.**

As vítimas confirmaram a subtração dos produtos de seus comércios, certo que A. ainda afirmou que Rebeca ameaçou matá-la várias vezes, inclusive com uma das mãos dentro da bolsa, simulando estar armada. Além disso, a vítima R. esclareceu que, pelas imagens de câmeras de segurança, viu Rebeca entrando em um veículo após sair de seu estabelecimento. Elas sofreram a ação e os prejuízos causados pelos apelantes. Suas narrativas, pois, são de grande relevância.

“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 – Relator 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, Relator : Juiz Carlos Biasotti).

Lembre-se, ainda, que **não haverá nulidade por violação do artigo 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 artigo 155 do Código de Processo Penal. Precedentes. II - O v. acórdão recorrido não diverge da jurisprudência desta Corte no sentido de que "as disposições inculpidas 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, Relator Ministro 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 - Relator Ministro 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 artigo 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 artigo 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 – Relator Ministro Rogério 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 artigo 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, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 19/10/2020). II - Como bem observado pelo acórdão recorrido, "a própria redação do artigo 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 – Relator Ministro 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 pelos reconhecimentos na polícia, mas por outros elementos probatórios e o contexto fático existente, não se pode, pois, falar de nulidade.

Marcos Alexandre, policial militar, depôs que o COPOM irradiou ocorrência de roubo em **Águas da Prata**, cuja vítima informou que uma mulher entrou na loja dela e, mediante simulação de porte de arma de fogo, subtraiu um par de sapatos, dois frascos de perfume e a quantia de R\$ 255,00, bem assim que, nesse íterim, um veículo VW/Santana, ocupado por um homem, ficou do lado de fora aguardando. Dirigiram-se àquela cidade e, na Rua Joaquim Bandeira da Cruz, **localizaram um veículo VW/Santana estacionado, com um casal em seu interior. O casal foi abordado, sendo que Rebeca, já conhecida pelo envolvimento em furtos e roubos, estava como passageira e Yanam, conhecido pelo envolvimento com o tráfico e roubos, estava na condução.** Em busca pessoal, nada ilícito foi encontrado, mas, no

veículo, encontraram um par de sapatos, contendo em seu interior a quantia de R\$ 255,00, duas caixas de perfume e vários tablets de chocolate, além de duas peças de queijo. Questionada, Rebeca confessou que subtraiu o par de sapatos, perfume e dinheiro da loja de roupas, sem violência ou grave ameaça, depois, passou no “Supermercado Van”, onde tentou subtrair alguns produtos, mas sem êxito, bem assim que havia subtraído os chocolates do supermercado “Forte Prata”. Yanam negou os crimes, dizendo que estava dando carona para Rebeca sem ter conhecimento dos delitos. Contataram o representante do Supermercado Van, que disse ter conseguido evitar o furto, pois, pelas câmeras, viu Rebeca separando grande quantidade de produtos. Em contato com o representante do Supermercado Forte Prata, ele reconheceu os chocolates como sendo do estabelecimento. A proprietária da loja reconheceu o sapato, os perfumes e o dinheiro e afirmou que Rebeca entrou no estabelecimento fazendo menção de estar armada e subtraiu os itens mediante ameaça. Diante disso, os recorrentes foram presos em flagrante.

Carlos Eduardo, policial militar, afirmou que receberam informação que havia acabado de ocorrer um roubo em Águas da Prata. Dirigiram-se à cidade e conseguiram localizar o VW/Santana citado nessa informação, sendo passageira Rebeca e Yanam motorista. Dentro do veículo, encontraram diversos produtos subtraídos. Questionada, Rebeca confessou ter subtraído itens na loja de roupas, mas negou que estivesse armada, além de ter confirmado os furtos nos outros estabelecimentos. Em um deles, ela disse que separou várias mercadorias, mas não conseguiu subtrair. Yanam ficava no veículo aguardando Rebeca praticar os furtos. Identificaram as vítimas pela confissão de Rebeca e etiquetas dos produtos. Os proprietários do supermercado e da loja reconheceram os produtos. Yanam confirmou que estava com Rebeca, mas não se recorda se ele disse ter ciência da conduta dela.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam os

recorrentes, pois surpreenderam-nos no veículo indicado como sendo utilizado pelos furtadores e, dentro dele, encontraram os produtos subtraídos, os quais foram reconhecidos pelas vítimas e representantes. Inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, os apelantes não mostraram que quisessem prejudicá-los gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, 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 (artigo 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 (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham 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.

Demais disso, constam dos autos imagens capturadas por câmeras de segurança dos estabelecimentos-vítimas, nas quais é possível visualizar **Rebeca** retirando produtos da cesta e colocando na bolsa, no supermercado “Forte Prata” (fls. 41); no Laticínio Prata, ela pegando três queijos e colocando-os dentro da

bolsa, após pedir copos de água, a fim de que a vítima se afastasse e não a visse (fls. 127). Além disso, nesse último link é possível verificar o tamanho da bolsa de Rebeca, que não era tão grande quanto ela afirma, nem suficiente para acondicionar todos os produtos subtraídos (fls. 45/48), a evidenciar que Yanam, ao contrário do que ela diz, tinha ciência de todas as ações criminosas.

Já no link de fls. 119, é possível visualizar Rebeca saindo do estabelecimento “Laticínio Prata” e entrando em um VW/Santana, que sai rapidamente do local, antes mesmo de ela fechar a porta do veículo, a indicar, também por essa conduta precipitava, que Yanam tinha conhecimento dos furtos e pretendia sair rapidamente do local.

Os bens foram encontrados em poder dos recorrentes. Assim, reforça-se serem autores dos delitos.

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 e incriminam os recorrentes.

Inviável o reconhecimento da tese de crime impossível, no que tange ao “Supermercado Van”, representado por F.

A ineficácia do meio deve ser absoluta e, no caso, ela era relativa. Rebeca foi acompanhada de longe pelos funcionários que assistiam, em tempo real, as imagens câmeras de monitoramento, porém, isso não impossibilitou a prática do furto, sobretudo diante da real possibilidade de fuga, tanto que ela foi abordada após passar pelos caixas, consoante se depreende do depoimento de F. na fase policial (fls. 9), confirmado em Juízo pelo policial Marcos Alexandre.

Ademais, mesmo que existisse um sistema sofisticado de segurança, o gasto não justifica o ilícito penal e nem sempre seria possível interromper a execução do crime. Ele só mostra a necessidade de, cada vez mais, haver cautela com a criminalidade que assola vários lugares, não escolhendo um ou outro para atuar.

O Superior Tribunal de Justiça já asseverou: "Sistema de vigilância realizado por monitoramento ou por existência de segurança no interior do estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto" (Súmula 567).

Incabível, ainda, a desclassificação do roubo cometido na loja da vítima A. por furto.

A grave ameaça ficou comprovada pelo dito pela vítima A., pois afirmou que Rebeca, enquanto subtraía os itens de sua loja, ameaçava matá-la,

inclusive com a mão dentro da bolsa, simulando estar armada, em nada se equiparando, portanto, à subtração praticada às escondidas, sem qualquer comportamento intimidatório, como no caso do furto.

“3. Não há falar em desclassificação de roubo para furto, apegando-se ao fato de que a grave ameaça foi realizada com simulação de arma de fogo (mão debaixo de um cobertor), pois o temor do mal injusto que foi impingido às vítimas foi suficiente para a consumação do delito.” (STJ - *HC 165.080/DF* – T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – J. em 8.2.2011 - DJe em 28.2.2011).

E se a palavra da vítima é apta para comprovar a autoria do crime, também é suficiente, evidentemente, para demonstrar suas circunstâncias e modo de execução, notadamente quando não exista nada para demonstrar de forma contrária.

A participação de Yanam não foi de menor importância.

A participação dele foi determinante para a consecução dos delitos, agindo na condição de coautor e não mero partícipe, até porque levava Rebeca aos estabelecimentos a serem vitimados e, depois, permanecia no veículo, a fim de garantir a rápida fuga. Ele estava ciente do objetivo criminoso e previamente ajustado com a comparsa, exercendo domínio sobre o fato.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“3. A participação de menor importância, prevista no artigo 29, § 1º, do Código Penal, exige que o envolvimento do agente seja acessório e não essencial à prática do crime. 4. A análise das instâncias ordinárias conclui que a ré possuía função definida no esquema criminoso, aguardando os comparsas no

veículo para assegurar a fuga, o que configurou sua coautoria e o domínio do fato, afastando a tese de participação de menor importância”. (*AREsp n. 2.682.360/RJ* – T5 – Quinta Turma - Relatora Ministra Daniela Teixeira – J. 3.12.2024 - DJEN 17.12.2024).

“2. Não incide a minorante do artigo 29, § 1º, do Código Penal quando haja nítida divisão de tarefas entre os agentes envolvidos na prática delitiva, pois, cada qual possui o domínio do fato a ele atribuído, mostrando-se cada conduta necessária para a consumação do crime, situação caracterizadora de coautoria e não de participação de somenos importância.” (*AgRg no AREsp 163.794/MS* – T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Marco Aurélio Belizze – J. em 24.9.2013 - DJe em 2.10.2013).

O *concurso de agentes* também ficou comprovado, pois Rebeca era responsável por entrar nos estabelecimentos e praticar as subtrações, enquanto Yanam a levava aos locais visados e, depois, permanecia no carro, a fim de garantir a rápida fuga. Evidente, pois, que havia pluralidade de agentes, com nítida divisão de tarefas para a perfeita execução da empreitada criminosa.

As penas comportam reparo.

Na **primeira fase**, as penas-base foram fixadas no piso: quatro (4) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa para o delito de roubo e dois (2) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa para cada crime de furto.

Na **segunda fase**, as penas de **Yanam** foram agravadas em 1/6, pela agravante da reincidência ((processos nº 0000116-87.2017.8.26.0623, fls. 224 e 225; nº 1501069-06.2021.8.26.0568, fls. 226 e 227/228; e nº 1500210-58.2019.8.26.0568, fls. 226/227), tendo-se quatro (4) anos e oito (8) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa para o delito de roubo e

dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa para cada crime de furto.

De Rebeca permaneceram no mesmo patamar, pela compensação entre a agravante da reincidência (processos nº 1500159-71.2022.8.26.0623, fls. 229 e 230; nº 1501985-40.2021.8.26.0568, fls. 229/230 e 231/232; e nº 1502041-73.2021.8.26.0568, fls. 232), com a confissão.

Pode haver compensação entre atenuantes e agravantes, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Relator Ministro 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 artigo 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência: "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 artigo 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 - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na terceira fase, quanto ao delito de roubo, presente a causa de aumento do concurso de agentes, as penas foram aumentadas em 1/3, tendo-se seis (6) anos, dois (2) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de catorze (14) dias-multa para Yanam e cinco (5) anos e (4) meses de reclusão e pagamento de treze (13) dias-multa para Rebeca.

Quanto ao furto cometido no “Supermercado Van”, as penas foram diminuídas de 2/3, pela tentativa, tendo-se nove (9) meses e dez (10) dias de reclusão e pagamento de três (3) dias-multa para Yanam e oito (8) meses de reclusão e pagamento de três (3) dias-multa para Rebeca.

Quanto aos demais furtos (vítimas “Forte Prata” e “Laticínios Prata Ltda.”), não há causas de diminuição e aumento.

Quanto aos furtos, ocorreu a continuidade delitiva, todavia, não se aplica o parágrafo único, do artigo 71, do Código Penal, porque não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse sentido:

“7. No que tange à continuidade delitiva específica, descrita no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, além daqueles exigidos para aplicação do benefício penal da continuidade delitiva simples, são requisitos que os crimes praticados: I) sejam dolosos; II) realizados contra vítimas diferentes; e III) cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. 8. Nessa linha, segundo entendimento firmado por esta Corte Superior, estabelecido o espectro de

exasperação entre 1/6 (um sexto) e o triplo, infere-se da norma que a fração de aumento da continuidade delitiva específica, descrita no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela combinação de elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - e subjetivos, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime (HC n.º 293.130/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 12/12/2016).” (STJ - *AgRg no AREsp n. 1.971.840/DF* – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 23.11.2021 - DJe 29.11.2021).

Desse modo, aplicável a regra do “caput”, do artigo 71, do Código Penal, pois um delito é da mesma espécie do outro e, pelas condições de tempo, espaço temporal diminuto entre um e outro; mesmo local e maneira de execução, pode-se considerar os furtos subsequentes como continuação do primeiro. E, devido ao número de crimes, três, mostra-se mais adequado o aumento de 1/5 sobre a pena do mais grave, isto é, do furto consumado (Súmula 659 do Superior Tribunal de Justiça: “*A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.*”), tendo-se dois (2) anos, nove (9) meses e dezoito (18) dias de reclusão e pagamento de treze (13) dias-multa para **Yanam** e dois (2) anos, quatro (4) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa para **Rebeca**.

Embora existente controvérsia sobre o tema, a ilustre Magistrada optou pela não incidência do cúmulo de multa quando à continuidade delitiva. De acordo com essa orientação, por ser crime único “para efeitos de aplicação da pena”, a sanção pecuniária deve guardar proporcionalidade com a pena corporal (**HC 221.782-RJ** - Relator Ministro Vasco Della Giustina



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

(Desembargador convocado do TJRS), 6ª T. - J. em 20.3.2012 - DJe em 11.4.2012).

Ao final, aplica-se o concurso material entre o roubo e o furto, pois, conquanto do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois objetivam tutelar bens jurídicos distintos. Em outras palavras, enquanto o furto protege apenas o patrimônio, o roubo é crime complexo, mais amplo, vez que protege também a integridade física e mental da vítima.

Nesse sentido o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"2. Inviável o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de furto qualificado e roubo circunstanciado, pois, não obstante do mesmo gênero, são de espécies diferentes." (*AgRg no HC 448864/MS* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. 12.11.2019 – DJe 25.11.2019).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO E ROUBO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. É consolidado nesta Corte o entendimento de que não há falar em continuidade delitiva entre roubo e furto, porquanto, ainda que possam ser considerados delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie (HC n. 202.792/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/9/2013). 2. Ao decidir pela impossibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de roubo e furto, a decisão agravada não reexaminou as provas, mas apenas a atribuição de nova qualificação jurídica aos fatos delimitados na sentença e no acórdão recorrido, motivo pelo qual não incide o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido" (*AgRg no REsp 1525229/MG* – T6 – Sexta Turma - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior – J. 26.5.2015 – DJe 11.6.2015).

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO E FURTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. O crime continuado é ficção jurídica que se evidencia quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie, sendo necessário também que os delitos guardem conexão no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva (artigo 71, caput, do Código Penal). 2. Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e furto, pois são infrações penais de espécies diferentes e que têm definição legal autônoma. Precedentes do STF e do STJ. 3. Ordem de habeas corpus denegada." (*HC 214.157/RS* - T5 – Quinta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – J. 17.10.2013 – DJe 29.10.2013).

Assim, as penas totalizam nove (9) anos e oito (8) dias de reclusão e pagamento de vinte e sete (27) dias-multa para **Yanam** e sete (7) anos, oito (8) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão e pagamento de vinte e cinco (25) dias-multa para **Rebeca**.

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

O regime é o inicial fechado.

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 artigo 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

No caso, em que pese o montante da pena, os apelantes são reincidentes. Eles reiteram na prática de delitos e possuem tendência para esse comportamento. Demonstram, pois, conduta social inapropriada. Poderiam emendar-se, pois têm consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persistem no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: "(...) o artigo 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 - Relator Ministro 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 artigo 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**. Sabiam das consequências danosas de suas atitudes, mas preferiram realizar os delitos ao invés de comportarem-se de maneira correta. Ou seja, querem tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

Além disso, a pena de **Yanam** é superior a oito (8) anos (artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal) e **as condutas dos recorrentes são concretamente graves**, pois praticaram quatro delitos patrimoniais em pouco tempo, dando continuidade à ação criminosa conforme tinham sucesso na empreitada anterior, sem se importarem se estavam sendo filmados por câmeras de monitoramento dos estabelecimentos comerciais vitimados. Eles se mostram perigosos, audazes, ousados e acreditam na impunidade. Evidenciam, pois, conduta social inapropriada.

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (artigo 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 artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

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

Por fim, **incabível a substituição das penas corporais por restritivas de direitos ou a concessão de “sursis”**, em razão do “quantum”, da reincidência e porque um dos crimes foi cometido com grave ameaça contra a pessoa, existindo, por conseguinte, proibição legal (artigos 44, “caput”, inciso II, e 77, “caput”, inciso I, do Código Penal).

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para aplicar o “caput” do artigo 71, do Código Penal, para a continuidade delitiva, elevando-se a pena de um dos furtos em 1/5, redimensionando-se a pena final de **Yanam** para nove (9) anos e oito (8) dias de reclusão e pagamento de vinte e sete (27) dias-multa e a pena final de **Rebeca** para sete (7) anos, oito (8) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão e pagamento de vinte e cinco (25) dias-multa para **Rebeca**, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recursos presos (fls. 285). As prisões devem 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 uma pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da condenação de sua responsabilização, deixá-la solta, sobretudo diante da reincidência.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.