



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000359873

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503436-58.2024.8.26.0548, da Comarca de Campinas, em que é apelante RAFAEL MATEUS DE LIMA PIMENTEL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1503436-58.2024.8.26.0548

Apelante: Rafael Mateus de Lima Pimentel

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Campinas

Magistrado: Lissandra Reis Ceccon

Voto 11044

Ementa. Direito Penal. Apelação. Roubo qualificado tentado. Pleito da defesa pela absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Desclassificação para o crime de furto tentado. Inviabilidade. Condenação mantida. Suficiência probatória. Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Robusto conjunto probatório que lhe é desfavorável. Palavras da vítima e das testemunhas seguras e consistentes. Afastamento do concurso de agentes. Reconhecimento de crime único. Redução máxima da fração referente a tentativa. Abrandamento de regime prisional. Impossibilidade. Recurso não provido.

Trata-se de apelação interposta, contra a sentença (fls. 223/238), que julgou procedente a ação penal para condenar Rafael Mateus de Lima Pimentel à pena de 03 anos, 07 meses e 16 dias de reclusão, mais o pagamento de 14 dias-multa, no piso legal, em regime inicial fechado, por infração ao artigo 157, parágrafo segundo, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, por duas vezes, na forma do artigo 70, todos do Código Penal.

Em suas razões, a Defesa pleiteia a absolvição do réu por insuficiência probatória, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requereu a desclassificação para o crime de furto tentado, o afastamento da majorante do concurso de agentes, a redução da fração da tentativa no patamar máximo de dois terços, o reconhecimento de crime único e o abrandamento do regime prisional. Por fim, a possibilidade de aguardar o julgamento do recurso em liberdade (fls. 257/266).

Regularmente processado o recurso, com a apresentação de contrarrazões (fls. 273/278).

A Procuradoria de Justiça, no seu parecer, ofertou manifestação pelo não provimento do recurso (fls. 307/318).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 320).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O réu Rafael Mateus de Lima Pimentel foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 28 de setembro de 2024, às 19h51min, na Rua General Osório, 1158, no Centro, na Cidade e Comarca de Campinas, previamente ajustado e agindo em concurso com dois indivíduos não identificados, mediante violência exercida contra a vítima Ozineia Nunes Monção, tentou subtrair, para si, em proveito de todos, um aparelho celular Apple, modelo Iphone 14, avaliado em seis mil reais, pertencente à ofendida, além de mercadorias do Supermercado Dia, somente não consumando os delitos por circunstâncias alheias às vontades dos agentes.

Segundo apurado, o réu e seus comparsas, não identificados (um homem e uma mulher), previamente ajustados e unidos no propósito criminoso, deliberaram subtrair bens alheios, quando se dirigiram ao Supermercado Dia, utilizando um veículo Jeep, modelo Renegade, cor branca, sem placas, onde a mulher desceu e entrou no mercado como se fosse cliente.

Depois de pegar algumas mercadorias, a mulher tentou sair do estabelecimento sem pagá-las, mas foi obstada pela vítima, que, tendo visto previamente o Jeep Renegade, cor branca, sem placas, parado irregularmente no ponto de ônibus, em frente ao comércio e com uma porta entreaberta, suspeitou que seu condutor fosse dar fuga àquela mulher na subtração de mercadorias.

Assim, na calçada defronte ao mercado, a vítima tentou evitar a fuga da mulher, postando-se na frente dela, momento em que, o acusado saiu do Jeep Renegade em auxílio à comparsa e puxou a vítima pelo braço, para dentro do veículo.

Na confusão, o celular da vítima e as mercadorias que estavam com a comparsa de Rafael caíram e, enquanto a vítima pegava o celular, o réu foi contido por uma testemunha que o segurou.

Enquanto isso, a mulher continuou puxando a ofendida para dentro do veículo, fazendo com que ela ficasse somente com as pernas para fora e, ao mesmo tempo, agredia a vítima e tentava tomar dela o celular, ao passo que o

indivíduo que conduzia o automóvel imprimiu marcha ao veículo, arrastando a vítima, mas ela conseguiu se desvencilhar com a ajuda de populares e sofreu ferimentos leves.

A dupla não identificada, ou seja, a mulher, que se passou por cliente do mercado, e o motorista, que dava cobertura aos comparsas, conseguiram empreender fuga no veículo.

O acusado permaneceu contido pela testemunha até a chegada dos policiais que o prenderam em flagrante.

A materialidade do delito ficou comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 06/07), boletim de ocorrência (fls. 08/11), laudo de lesão corporal (fls. 57/58), bem como pela prova oral coligida.

A autoria também é certa.

Na Delegacia de Polícia, Rafael declarou que estava pedindo moedas no semáforo, quando o rapaz que estava no carro lhe ofereceu cinco reais para chamar uma moça morena de óculos que estava no mercado. Ele foi até o mercado, chamou a moça e voltou para pegar os cinco reais, mas não recebeu.

Em Juízo, o réu declarou que estava vendendo balas no semáforo, na rua de cima do mercado, quando parou um carro sem placa com um casal, sendo que o rapaz pediu que ele os acompanhasse até o mercado, para ajudar a esposa a carregar as mercadorias. Entrou no estabelecimento e perguntou se iria demorar, pois receberia cinco reais para ajudá-la. Depois começou um tumulto e foi agredido. Não tentou segurar ou agarrar a vítima. Não entrou no veículo do casal.

Nas duas fases, a vítima Ozineia Nunes Monção reconheceu Rafael como sendo um dos autores do delito e declarou que estava no estabelecimento comercial, quando uma mulher entrou no local e pegou alguns produtos. Logo, em seguida, a vítima avistou um automóvel parado em frente à loja, no ponto de ônibus ali existente, com a porta entreaberta, o que lhe causou estranheza. Se dirigiu até o carro e perguntou ao motorista se ele estava esperando alguém. Momentos depois, aquela mulher que estava no mercado entrou no automóvel sem pagar pelas mercadorias, instante em que a vítima tentou impedi-la, mas foi agredida pela mulher que, também, tentou subtrair o seu telefone. Ao mesmo tempo, o acusado que estava no banco traseiro, saiu do carro e lhe segurou. Na

ocasião, pessoas que estavam ali vieram ao seu auxílio e o acusado foi detido. Nenhum objeto foi levado.

A testemunha André Mateus dos Santos, ouvido apenas na fase inquisitiva, declarou que estava próximo ao local do episódio, quando avistou um veículo Jeep, modelo Renegade, sem placas, na cor branca, o qual lhe causou estranheza porque estacionou no ponto de ônibus, saiu e voltou novamente, deixando a porta entreaberta. Logo depois, percebeu que a dona do mercado estava brigando com uma moça e que o acusado saiu do interior do automóvel, tendo a atitude de contê-lo. Um tumulto se formou no local e, com a chegada de policiais, o réu foi preso.

O policial Robinson Rogério Corazin, nas duas fases, declarou que recebeu a notícia do crime e, no local, se deparou com um tumulto e com o réu imobilizado por populares. O veículo utilizado no roubo já tinha empreendido fuga. Na ocasião, a vítima informou que uma mulher entrou no mercado, pegou algumas mercadorias e saiu sem pagar, motivo pelo qual foi atrás dela e tentou abordá-la, mas houve reação por parte da mulher que a agrediu e, ainda, quis pegar o seu celular e, para isso, teve a ajuda do réu que a segurou.

A policial Amanda Cerqueira dos Santos Soares, ouvida apenas na Delegacia de Polícia, narrou os fatos de maneira semelhante ao seu companheiro de trabalho Robinson Rogério Corazin.

Assim, a prova resultou nítida e tranquila, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pela vítima e pelas testemunhas na fase policial e em Juízo, formando uma boa e robusta prova incriminadora, motivo pelo qual a sentença condenatória não deve ser alterada, até porque ao contrário do alegado, o depoimento da vítima não está isolado.

Portanto, inviável a aplicação dos princípios da presunção de inocência ou “in dubio pro reo”.

Não se vislumbra qualquer indício nos autos de que a vítima e as testemunhas tivessem a intenção de prejudicar de forma injusta o acusado, mas apenas queriam demonstrar a verdade dos fatos, como também não vejo contradições nas versões por elas apresentadas.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA. SÚMULA 007 DO STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO. A análise da pretensão recursal exigiria, necessariamente, incursão na matéria fática probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do Enunciado 007 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. "A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso" (Habeas Corpus 143.681/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJE 02.08.2010).

Também não se pode ignorar que, "em sede de delito de roubo, as palavras da vítima são sumamente valiosas e não podem ser desconsideradas, máxime em crimes patrimoniais, quando incidem sobre o preceito de desconhecidos, pois o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar pessoas inocentes" (in RDJ 43/233).

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido:

"Cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios, quais sejam o reconhecimento feito pela vítima" (Superior Tribunal de Justiça, Agravo no AREsp 865331/MG, Agravo Regimental em Recurso Especial, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Data do Julgamento 09/03/2017).

A jurisprudência pátria tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando como aqui, esteja coerente ao quadro probatório colacionado e não discrepe do produzido em sua essência.

Nesse sentido: *"Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade das testemunhas em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não tenham interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do Julgador" (JTJ LEX 176/314).*

Portanto, sem qualquer prova a afastar a conclusão pela comprovação da autoria e da materialidade, certa é a condenação, eis que resultou

devidamente demonstrado nos autos que o apelante, em concurso de agentes, com emprego de violência, tentou subtrair bens pertencentes ao estabelecimento comercial e à vítima, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

E igualmente inviável o pleito de desclassificação da conduta irrogada para o delito de furto tentado, eis que resultou devidamente demonstrado, sobretudo diante do firme relato da vítima e das testemunhas, que o apelante agiu mediante o emprego de violência física com a ajuda de seus comparsas, com o objetivo de forçar a vítima a entregar seu telefone celular e a sacola com produtos do mercado.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE COMO PROVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. REEXAME DA PROVA. INVIABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado por réu condenado à pena de 6 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes de roubo majorado pelo concurso de pessoas (artigo 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal) e furto simples (artigo 155, caput, do Código Penal). O agravante busca a desclassificação do roubo para furto simples, a exclusão da majorante de concurso de agentes e a redução da pena abaixo do mínimo legal em razão da aplicação da Súmula 231 do STJ. Há três questões em discussão: (i) definir se é cabível a desclassificação do crime de roubo majorado (art. 157, § 2.º, II, do CP) para furto simples (art. 155, caput, do CP); (ii) apurar se é possível afastar a causa de aumento de pena pelo concurso de pessoas; e (iii) determinar se é admissível a redução da pena abaixo do mínimo legal em razão da aplicação de atenuantes. As instâncias ordinárias reconheceram a configuração do crime de roubo majorado com base em provas válidas, incluindo o depoimento da vítima, que demonstra o emprego de violência física e a atuação conjunta com outro indivíduo. A palavra da vítima, especialmente em crimes patrimoniais, possui elevada força probatória, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo apta a fundamentar a condenação quando coerente e alinhada com o conjunto probatório. A desclassificação do crime para furto simples ou o afastamento da majorante do concurso de pessoas demandaria reexame do conjunto fático-probatório, providência

vedada em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 007 do STJ. Quanto à redução da pena abaixo do mínimo legal, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a Súmula 231 veda essa possibilidade, ainda que estejam presentes atenuantes, na segunda fase da dosimetria. Agravo conhecido e recurso especial desprovido (AREsp 2.556.933/DF, Relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, Julgado em 18/02/2025, DJE de 25/02/2025).

No tocante ao pedido da Defesa, no sentido de afastar a causa de aumento do concurso de agentes, também não merece guarida, além do réu ter admitido em juízo que estava na companhia do homem e da mulher que empreenderam fuga no veículo, a vítima e as testemunhas também afirmaram ter visto mais duas pessoas, além de Rafael, durante a empreitada criminosa.

A majorante referente ao concurso de pessoas depreende-se da dinâmica dos acontecimentos, evidenciando, pois, a divisão de tarefas entre o réu e seus comparsas, em unidade de desígnios, como é da prova oral.

Nesse diapasão, leciona o mestre Guilherme de Souza Nucci: *“É sempre mais perigosa a conduta daquele que age sob a proteção ou com o auxílio de outra pessoa. Assim, o autor de roubo, atuando com um ou mais comparsas, deve responder mais gravemente pelo que fez. Entendemos, na esteira do ocorrido com o crime de furto, que basta haver o concurso de duas ou mais pessoas, sem necessidade de estarem todos presentes no local do crime. Afinal, não se pode esquecer da participação, moral ou material, também componente do quando do concurso de agentes”* (Manual de Direito Penal, São Paulo, RT, 2011, Página 737).

Para o concurso de agentes são necessários três requisitos: (i) dois ou mais agentes; (ii) relação de causalidade material entre as condutas desenvolvidas e o resultado; (iii) vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si.

Assim, inviável o afastamento da majorante referente ao concurso de pessoas, haja vista que o conjunto probatório demonstrou, de forma inquestionável pela prova oral, que o crime foi praticado por mais de um indivíduo.

A pena aplicada, do mesmo modo, não comporta modificação, porque a magistrada sentenciante observou os parâmetros legais aplicáveis à espécie.

Na primeira fase, a pena base foi assentada em 1/6 acima do mínimo legal, diante dos antecedentes criminais ostentados pelo réu, ou seja, 04 anos e 08 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase, nada foi alterado.

Em seguida, diante da presença da causa de aumento referente ao concurso de agentes, houve o acréscimo de 1/3, o que perfaz 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 14 dias-multa, no piso legal.

E, em razão da tentativa, a sanção foi diminuída em 1/2, alcançando a pena de 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 07 dias-multa, no mínimo legal.

No tocante à fração de redução de pena a ser adotada no caso de tentativa do roubo, a fração eleita deve considerar a proximidade que o *iter criminis* percorrido pelo agente o deixou do resultado naturalístico por ele almejado, qual seja, a subtração das coisas.

E, no caso, não comporta acolhimento a pretensão defensiva de diminuição da fração aplicada, pois Rafael e a dupla de infratores foram abordados quando já estavam no veículo para empreender fuga, portanto, muito próximos da consumação do delito, tanto que os comparsas de Rafael conseguiram fugir e somente ele foi preso.

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO TENTADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO RELATIVA À RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DAS VÍTIMAS. INCIDÊNCIA CORRETAMENTE RECONHECIDA. TENTATIVA DE ROUBO. REDUÇÃO DA PENA EM FACE DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CASO EM EXAME A causa de aumento pela restrição de liberdade foi corretamente aplicada, já que as vítimas foram mantidas presas no banheiro durante o roubo, mesmo que por poucos minutos. Entendimento diverso que demanda o revolvimento fático-probatório dos autos, vedado nesta via. Quanto à tentativa, a redução da pena em 1/3 foi corretamente aplicada, uma vez que o réu percorreu quase todo o iter criminis, sendo abordado pela polícia quando já havia separado os produtos e estava prestes a sair do local. A

modificação dessa fração implicaria análise aprofundada dos fatos, o que também é vedado no habeas corpus (Habeas Corpus 836.378/SP, Relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, Julgado em 11/02/2025, DJE de 17/02/2025).

Por fim, cumpre anotar que foram atingidos dois patrimônios distintos, houve o acréscimo de 1/6, relativo ao concurso formal de infrações, totalizando a reprimenda de 03 anos, 07 meses e 16 dias de reclusão.

Observado o concurso formal entre os crimes, conforme o disposto no artigo 72, do Código Penal, as duas penas de multa somadas totalizaram o pagamento de 14 dias-multa, no mínimo legal.

A propósito, a despeito do alegado pela Defensoria, não se pode considerar ter havido crime único, levando-se em conta que num mesmo contexto fático, Rafael e seus comparsas roubaram patrimônios distintos (mercadorias e aparelho celular), razão pela qual era mesmo de rigor o reconhecimento do concurso formal de infrações.

Vê-se claramente que, apesar de terem adotado uma única conduta, dentro de um mesmo contexto, evidente que o acusado tinha o objetivo de atingir quaisquer que fossem os patrimônios vulnerados e, assim, potencializar o resultado da empreitada.

Ora, em havendo a intenção de praticar mais de um crime doloso - atingir mais de um patrimônio - não é lógico imaginar que haja somente um desígnio.

De se lembrar que dolo é a vontade dirigida e que a vontade é fruto de desígnio.

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. INADMISSIBILIDADE COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO OU REVISÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. CONCURSO DE AGENTES. PROVA TESTEMUNHAL. MAUS ANTECEDENTES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INAPLICABILIDADE. CRIME ÚNICO. INVIABILIDADE. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. REGIME MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CASO EM EXAME. A majorante do uso de arma branca no crime de roubo prescinde de perícia técnica quando outros meios de prova são suficientes para demonstrar

a utilização do objeto, como depoimentos de testemunhas e confissões, em conformidade com os precedentes desta Corte. A configuração do concurso de agentes também se demonstra pelas declarações consistentes das vítimas, que indicaram a atuação coordenada dos acusados, sendo incabível a análise detalhada de provas em sede de habeas corpus. Condenações anteriores, mesmo atingidas pelo período depurador de cinco anos para efeitos de reincidência, podem ser consideradas para valoração negativa dos antecedentes, conforme entendimento pacífico do STJ e do STF, sendo justificada a fixação da pena base acima do mínimo legal. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício, não há que se falar em crime único quando no mesmo contexto fático são subtraídos bens pertencentes a patrimônios distintos, incidindo, neste caso, a regra do concurso formal, prevista no artigo 70 do Código Penal. O regime inicial fechado é mantido, justificado pela reincidência específica do réu, em conformidade com o artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, e jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Não há ilegalidade flagrante a justificar a concessão da ordem de ofício, pois a decisão recorrida está fundamentada e em conformidade com a jurisprudência (Habeas Corpus 825.170/SP, Relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, Julgado em 11/02/2025, DJE de 17/02/2025.).

O pedido de abrandamento do regime prisional não merece prosperar, levando-se em consideração o antecedente criminal ostentado pelo réu, a ousadia e violência praticada contra a vítima que teve a sorte de ser socorrida por pessoas que estavam próximas, o que denota a significativa reprovabilidade e a gravidade concreta da conduta.

Convém salientar que, no crime de roubo, seja ele simples ou qualificado, consumado ou tentado, em qualquer das suas formas é delito muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o pratica.

Não se pode deixar de lado que o regime prisional tem como objetivo reeducar o indivíduo insubordinado à lei e proteger a sociedade, que não pode ficar à mercê do infrator.

O crime em questão é grave porque houve prática de violência contra a vítima.

O modo de agir do réu demonstrou que precisa de maior atuação do Estado para sua correta punição, buscando prevenir a reiteração da conduta, sob pena de equiparação de situações desiguais, em ofensa ao princípio da individualização da pena.

Além do mais, o crime de roubo tem gerado grande temor nas pessoas, chegando mesmo, alguns indivíduos, nem sequer saírem de suas casas ao anoitecer.

Portanto, o autor do delito de roubo, em virtude de sua personalidade destituída de qualquer sensibilidade para com o seu semelhante, não possui mérito para ser beneficiado com regime prisional mais brando.

Ressalta-se que a determinação do regime prisional não está automaticamente ligada à quantidade da pena, ao contrário, far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59, combinado com o artigo 33, parágrafo terceiro, do Código Penal.

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 segundo, do Código 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 terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59”* (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e, principalmente, a obstar a reiteração criminosa, não se olvidando que é justamente em relação aos crimes contra o patrimônio que se verifica a maior propensão a reincidir.

Ademais, também não se cogita ofensa às Súmulas 718 e 719, do STF, ou a Súmula 269, do STJ, ou mesmo aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade ou da individualização da pena.

Não é outro o entendimento dos nossos Tribunais Superiores:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A

IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA. STJ 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (Habeas Corpus 175.538/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 18/04/2013). As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Contudo, o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 08 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual, em aplicação do regime legal, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido" (STJ, Habeas Corpus 315.449/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO AO RÉU REINCIDENTE: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a pena de reclusão inferior a dois anos não cria direito subjetivo ao regime aberto para o seu cumprimento, mormente quando o réu é reincidente. Ordem denegada" (STF, Habeas Corpus 113.304/SP, Relator Ministro Carmem Lúcia, Julgado em 02/04/2013, DJe 17/04/2013).

O Juízo bem fundamentou a ausência do direito do réu de recorrer em liberdade nos seguintes termos: *"Determino o regime **fechado** para início de cumprimento de pena, observado o quantum de pena aplicado, gravidade do delito e antecedente criminal do acusado, não se mostrando adequada a fixação de regime mais brando para a reprovabilidade da conduta. Pelos mesmos motivos, **o réu não poderá recorrer em liberdade**, permanecendo inalteradas as circunstâncias ensejadoras da medida."*

Logo, foram realizadas as devidas análises acerca da existência de autoria do réu e a materialidade do delito, com base nas informações

coligidas na fase extrajudicial e judicial, bem como considerados presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, de modo que a manutenção da custódia preventiva se faz necessária para a preservação da ordem pública, tudo com a finalidade de fundamentar a manutenção da prisão preventiva do apelante, nos termos dos artigos 310 e 312 do Código de Processo Penal.

Há que se ressaltar, ainda, que o ato judicial monocrático, em nenhum momento, deixou de observar o preceituado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, nem o artigo 387, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal.

A jurisprudência é nesse sentido:

Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Gravidade concreta. Periculosidade social. Necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Segregação justificada. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares do artigo 319 do CPP. Inviabilidade. Ausência de audiência de custódia. Falta de previsão legal. Substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar. Necessidade não comprovada. Coação ilegal não demonstrada (STJ, Habeas Corpus 335151 SP 2015/0219626-8, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de julgamento: 01/12/2015, Quinta Turma, Data de publicação: DJE 09/12/2015).

Com a condenação, o Juízo entendeu que a ordem pública deveria ser resguardada, circunstância cujo ônus é defensivo, que não foi afastada desde então, sendo que a prisão do apelante deve ser mantida e está perfeita e suficientemente fundamentada.

Anote-se que o réu respondeu o processo na prisão. Os fundamentos da custódia preventiva resultaram confirmados com a condenação do acusado, não se vislumbrando quaisquer alterações nas justificativas que ensejaram a custódia cautelar, de sorte que não seria mesmo correto o Juízo de Primeiro Grau soltar o acusado, ao mesmo tempo em que o condenava pela prática do delito narrado nos autos.

Portanto, improcede o pedido da defesa que visa garantir ao apelante a possibilidade do recurso em liberdade, não há que se falar em ofensa a qualquer dos princípios e normas constitucionais e federais aventados pela defesa, muito menos afronta à Constituição Federal ou às normas penais ou

processuais penais.

Nesse sentido, têm reiteradamente decidido os nossos

Tribunais:

Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Roubo Majorado. Direito de recorrer em liberdade. Réu preso durante toda a instrução criminal. Impossibilidade. Recurso ordinário conhecido e desprovido (RHC 69.072/SP, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Julgado em 19/04/2016, DJE 28/04/2016).

“A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o réu que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal” (STJ, Habeas Corpus 62.175/SP, Ministra Laurita Vaz, Julgado em 02.10.08)”.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

A Defensoria Pública deverá ser intimada pessoalmente da presente decisão, bem como de todos os atos do processo, mediante entrega dos autos com vista, contando-se em dobro os prazos processuais, nos termos do que dispõe a Lei Complementar 80/94.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR